
BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III
168
B
20
NAPOLI

TRATTATO

DELLE

IPOTECHE.



Libri che si stampano per associazione, presso gli stessi Librai.

Codice civile, annotato delle disposizioni legislative, e delle decisioni di giurisprudenza di Francia da G. B. Sirey; e di quelle delle due Sicilie da A. Lanzellotti. Col confronto delle leggi romane di O. Taglioni.

Codice di procedura civile, annotato delle disposizioni legislative e delle decisioni di giurisprudenza di Francia, da G. B. Sirey, e di quelle delle due Sicilie da A. Lanzellotti, e N. Barracano.

Codice di commercio, annotato delle disposizioni legislative e delle decisioni di giurisprudenza di Francia, da G. B. Sirey, e di quelle delle due Sicilie dall'Avvocato Genn. Francia.

I suddetti Codici sono dedicati a S. E. il Ministro di grazia e giustizia, ec. ec. ec. ec.

Delvincourt. Corso di Codice civile tradotto ed annotato dall'Avvocato Mercurio, 3 vol. in 4. Si pubblica in 6 distribuzioni di mezzo volume ognuna al prezzo di Duc. 1. 50. cadauna, senza anticipazione. *Questa traduzione si esegue fedelmente sull' originale francese, senza togliere od aggiungere la menoma cosa.*

Dizionario etimologico di tutti i vocaboli usati nelle scienze, arti e mestieri che traggono origine dal greco, compilato da Aquilino Bonavilla coll'assistenza del professore di lingua greca abate D. Marco Aurelio Marchi, diviso per facoltà.

Si è pubblicata la parte che riguarda tutte le scienze naturali, 2 vol. gr. in-8.° Prezzo di associazione Duc. 2. 23 in carta realella, e Duc. 3. 00 in carta velina. Dedicata alla facoltà medica della regia università degli studi di Napoli.

E la parte che riguarda la Teologia, Diritto canonico, Storia e letteratura ecclesiastica, Magia, Divinazione, Giurisprudenza, e Politica, 1 vol. in-8°, prezzo grana 45 in carta realella e grana 55, in carta velina. Dedicata a Monsignor Rosini, Presidente della pubblica istruzione, ec. ec. ec. ec.

TRATTATO

DELLE

IPOTECHE

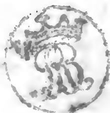
DEL SIGNOR BARONE GRENIER,

PRIMO PRESIDENTE DELLA CORTE REALE DI RIOM, CAVALIERE DEGLI ORDINI REALI DI S. MICHELE, E DELLA LEGION D'ONORE.

VERSIONE ITALIANA

DEL SIGNOR TITO BERNI.

TOMO PRIMO.





NAPOLI,

PRESSO R. MAROTTA E VANSPANDOCH,

DALLA STAMPERIA FRANCESE, Strada S. Sebastiano, N.° 49.

1823.

AVVERTIMENTI.

Le note segnate da cifre numeriche sono dell'Autore dell' Opera.

Quelle segnate da lettere alfabetiche sono del Traduttore.

Il segno ✳ indica la corrispondenza dell' articolo dell' abolito Codice civile con quello delle nostre leggi civili. È qui d'uopo di avvertire, che talvolta, sebbene gli articoli non si corrispondano precisamente in tutto, pure si è messo il segno di corrispondenza. Ciò accade però sol quando i due articoli si corrispondono per quella parte della quale si occupa l'autore del trattato.

DISCORSO PRELIMINARE.

È mio proponimento di presentare in questo discorso alcune idee generali sulle leggi antiche, relative alle ipoteche. Offrirò, sull' attuale legislazione, alcune particolari osservazioni, atte a farne conoscere l' insieme, ed a far valutare la censura che n' è stata fatta. Indicherò certe imperfezioni, sulle quali specialmente richiamo l' attenzione del legislatore, che potrebbe apportarvi un rimedio, senza scuotere le basi fondamentali della legge.

Pria ch' io cominci mi si permetta di far osservare che non vi è stata materia in uno più ingrata e più importante della ipotecaria. Soggiungerò, che un trattato su questa parte della nostra legislazione, doveva essere al tempo stesso un' opera di dottrina, ed un' opera di giurisprudenza; ho quindi dovuto aspettare il soccorso di que' lumi che dovevan esser somministrati dai tribunali, e sopra tutti dalla Corte di cassazione. Sono appena tre o quattro anni dacchè si sono elevate le più ardue quistioni su questo soggetto, e vi vuol altro perchè se ne possan dire esaurite le specie. Questi motivi, unitamente al pubblico impiego ch' ho l' onore di esercitare, mi hanno impedito di pubblicar prima il mio lavoro, ch' è stato intrapreso nel 1819.

Ne' tempi più remoti, per buona sorte, non occorreva occuparsi di una legislazione, il di cui oggetto era quello di assicurar la esecuzione degl' impegni contratti. Allorchè i costumi eran puri, le leggi erano inutili, o tutto almeno esse avevano l' impronta della maggiore semplicità: il loro scopo era piuttosto di conservar la memoria e l' esi-

stenza delle promesse, che di stabilir mezzi coattivi perchè fossero eseguite.

Ma la cupidigia crescendo a misura che cresce l'incivilimento, e le transazioni pecuniarie moltiplicandosi all'infinito, fu forza di escogitare un mezzo capace di assicurare la stabilità dei contratti. Questo mezzo fu naturalmente, prima il pegno de' mobili, e poi degl'immobili che offrivano una base più solida; talchè la confidenza si misurò sulla estensione della proprietà che garantiva l credito.

Non di meno siffatta garantìa poteva essere illusoria se il debitore aveva già gravati d'ipoteche i suoi immobili, e voleva darne delle nuove, rimanendo ignorate le prime. Le ipoteche occulte adunque non offrivano un mezzo sicuro per evitar le frodi. Questo mezzo non potea rinvenirsi che nella pubblicità delle ipoteche. Un esempio di tale pubblicità trovasi nella legislazione de' Greci. La facilità con cui essi si sottoposero pel corso di più secoli a questa pubblicità, le forme della quale erano estremamente imbarazzanti, mostra la loro buona fede, e l'orrore che avevan per la mensogna e per la perfidia.

I Romani, che di tanto furon debitori verso i Greci, non solo in ordine alle scienze ed alle arti, ma in ordine ancora alle leggi, adottarono lo stesso sistema di pubblicità. Ma la severità delle sue formalità destò il violento desiderio di scuoterne il giogo. Tale fu specialmente la tendenza di coloro che mettono molta importanza all'opinione, ed uno de' principali piaceri de' quali è riposto nell' apparenza di un gran credito. Di là venne in seguito l'ipoteca occulta che si trova nel dritto romano, e che fu quindi trasmessa in Francia.

I popoli del Belgio, i primi i quali colla loro prudenza e colla loro industria stabilirono un com·

mercio che sorprese il resto di Europa, sentirono anche la necessità di fondare un credito pubblico, qual si convenia che fosse, per dare sicurezza e stabilità ai loro impegni. Essi vi pervennero dando alle ipoteche una pubblicità regolata da formalità adatte ai costumi del tempo.

In Francia, il più grande uomo di Stato, al cader del sedicesimo secolo, e, nel secolo decimosettimo l'altro che sentì quanto era necessario di legare ad una buona legislazion civile il commercio l'industria e le finanze, perchè prosperassero, ambi reclamarono vigorosamente il sistema della pubblicità delle ipoteche. Ma i loro sforzi si arrenarono nelle cabale di coloro che avevano interesse di conservare un gran credito, anche facendo delle operazioni rovinose, delle quali i loro creditori correvan rischio di rimaner vittime, e che bene spesso lo erano realmente.

Ma quando, tra il finir del decimottavo ed il cominciar del decimonono secolo, si vide elevarsi una legislazion generale ed uniforme, allora la pubblicità delle ipoteche fu di bel nuovo reclamata, ed uscì trionfatrice dal contrasto delle opinioni.

Era naturale ch'essa avesse de' partegiani e degli antagonisti, sia perch' era nuova, sia perchè la legislazione che l'ha regolata non ha potuto esser intesa che col tempo, sia in fine perchè ha cimentati gusti ed interessi particolari, ch' erano in opposizione coll' interesse generale. Ecco quello ch'è avvenuto. Le critiche sofferte dal sistema ipotecario si sono indebolite a misura che si sono più conosciute. Le prevenzioni però non si sono interamente distrutte, ed è importante di conoscerle per giudicarne.

Onde procedere con ordine dividerò il presente discorso in sei paragrafi.

1.° Esaminerò se si debba, o no, conservare la pubblicità dell'ipoteca. Quì cadrà in acconcio di dare un'idea rapida e generale delle diverse legislazioni sulle ipoteche, fino alla legge di *brumaire* (novembre).

2.° S'è vero che le modificazioni stabilite dal Codice civile sulla pubblicità delle ipoteche, introducendone alcune scevre d'iscrizione, come sarebbe qualche ipoteca legale, possano riguardarsi come eccezioni che distruggono il principio medesimo della legge, e ne rovesciano la economia.

3.° Se la specialità, così come trovasi regolata, presenti gravi inconvenienti, particolarmente dopo l'attual giurisprudenza della Corte di cassazione.

4.° Se vi è fondamento di criticar la necessità di soddisfare tutt'i debiti esigibili o non esigibili, imposta dall'articolo 2184 ✳ 2083, del Codice civile, ad ogni acquirente di un fondo che vuol purgarlo, invece di fargli godere i termini accordati al debitore, giusta l'articolo 30 della legge di *brumaire* (novembre).

Ecco i punti principali su cui si sono dirette finora le censure, contra le disposizioni del Codice civile.

5.° Farò delle osservazioni sullo spirito col quale, in caso di dubbio, debbono esser decise le quistioni in questa materia.

6.° Presenterò le imperfezioni della nuova legge che maggiormente colpiscono. Ho creduto utile di sottoporle all'attenzione e saviezza del legislatore, come quello che potrebbe farle sparire, nel caso che la legge fosse assoggettata ad una revisione.

---

§. 1.°

Deve, o no, conservarsi la pubblicità dell'ipoteca? Idee generali sulle antiche legislazioni relativamente alle ipoteche.

Anche ora esiste, più di quel che si crede, una grande discordanza di opinioni sulla quistione, se la pubblicità delle ipoteche è, o non è, utile. Son convinto che se la legge fosse riveduta, una tale discordia si manifesterebbe. Ecco il motivo della estensione che credo dover dare a questo paragrafo.

Può dirsi con sicurezza che senza la pubblicità dell' ipoteca non può esservi sistema ipotecario propriamente detto; ossia, non può esservi un' azion della legge che dà il dritto, a colui che presta, di contare sul ricupero de' suoi capitali.

Affin di stabilire questa opinione risalirò, senza arrestarmi lungamente, alle antiche legislazioni. Invocherò il voto degli uomini di stato che coi loro talenti hanno onorata la Francia, e quello degli antichi giureconsulti. Dimostrerò particolarmente che, giusto perchè i Romani abbandonarono la pubblicità delle ipoteche, la quale per questa parte formava la base del loro dritto primitivo, e giusto perchè vi sostituirono l' ipoteca occulta, quasi generalmente ricevuta in Francia coll' andar del tempo, si è vista introdotta una legislazione viziosa, sorgente inesausta d' infiniti litigi e d' infiniti disordini. A questo male non poteva altrimenti arrecarsi un rimedio, se non con una legislazione ipotecaria, saggiamente combinata, e che avesse per base la pubblicità. Io mi fonderò benanche sulla influenza de' nostri costumi, e delle nostre abitudini.

Presso i Greci, il fondamento della loro legislazione ipotecaria fu la pubblicità delle ipoteche.

Eran queste indicate da segni apparenti messi su i fondi. Tai segni usavansi fin dai tempi di Solone. Una pruova di ciò si rinviene nella vita di questo legislatore scritta da Plutarco. Si ravvisa che Solone recavasi a gloria di aver tolti i segni ipotecarj piantati su i fondi; il che vuol dire ch' egli avea messo il popolo nel caso di estinguere i debiti dai quali veniva oberato. Siffatta misura era nel piano della politica di Solone, che, con una tale condotta e col rialzamento della moneta, si attirò violenti rimproveri.

Non bisogna intanto dedurre da questo luogo di Plutarco che l' uso dei segni sia stato fin d' allora abolito. Esso si avvale d' un discorso figurato affin di spiegare la momentanea influenza d' una misura particolare presa dal greco legislatore. In fatti quest' uso medesimo era pienamente in vigore al tempo di Demostene, che visse circa 250. anni dopo di Solone. Può ciò ricavarsi da due dei suoi discorsi, l' uno contro *Finippo*, e l' altro contro *Spudias*.

Noi ne troviamo un' altra pruova nell' opera del saggio Abate Barthélemy, che à l' arte di nascondere la più profonda erudizione sotto al velo della più elegante semplicità. Ecco quello ch' egli fa dire al suo viaggiatore.

« Io ho sovente passate le intere stagioni in di-
» versi casini; io ho sovente attraversata l' Attica;
» io riunisco qui le cose più rare che mi hanno col-
» pito nei miei viaggi.

» I campi son separati gli uni dagli altri per
» mezzo di aje o di muraglie. È una savia istituzione
» quella di designare, come si usa, i fondi ipotecati
» con piccole colonne, portanti una iscrizione c'
» ricorda le obbligazioni contratte con un primo c'
» ditore. Simili colonne, situate innanzi alle case, i
» dicano a tutti ch' esse sono state date in pegn

» *e il creditore non dee temere che altri crediti* » *oscuri faccian torto al suo*: (1) »

Si deve non di meno osservare che presso i Greci vi era un altro mezzo, non meno efficace dei segni, per costituire con sicurezza un' ipoteca. Esso consisteva nell' impegnare, per parte del debitore, il fondo che doveva costituir la sicurezza del credito, nelle mani del creditore che ne riteneva il possesso, fino alla soddisfazion del suo credito. (2)

Dopo esempj di misure cotanto severe, si può giudicar facilmente, che la legislazione de' Greci, riguardo alle ipoteche, era molto semplice, e quindi così buona come poteva essere.

I nostri costumi non si contenterebbero di siffatte misure. Ma a queste misure se ne sono sostituite altre molto più dolci, per mezzo delle quali si è pervenuto parimenti alla pubblicità dell' ipoteca.

Presso i Romani, nei primi tempi della loro legislazione, in epoche in cui non si sperimentava il bisogno d' imporre ipoteche per un credito più apparente che reale, come avvenne in seguito, a seconda che progredì l' incivilimento, i mezzi più semplici sebbene imbarazzanti pe' creditori, sembrarono i migliori.

I segni apparenti messi su i fondi per manifestare in modi autentici le ipoteche dalle quali eran essi gravati, vi furono ammessi, come lo erano stati ad Atene. (3)

---

(1) Voy. d'Anacars. en Grec. chap. 59. 6.e vol. édit. in 12. pag. 64.

(2) V. Loyseau, *du déguerpissement* liv. 3. chap. 1.r n.o 20.— Basnage, *Traité des hypothèques* chap. 1.r

(3) Se qualche dubbio volesse elevarsi sulla pratica di questo antico uso in Roma, sarebbe agevol cosa di stabilir l' affermativa, coll'autorità di molte leggi romane che non possono avere altra interpetrazione, e specialmente della

Si sa pure che i Romani, al pari de' Greci, indipendentemente dai segni su i fondi, ammisero un' altra specie d' ipoteca, sicura quanto la prima. Essa consisteva nel dare in pegno il fondo, che doveva risponder del debito, al creditore che in conseguenza se ne metteva in possesso.

Non dimeno invalse l'uso di lasciare il debitore nel possesso del fondo dato in pegno: ma l'effetto dell' ipoteca era di dare al creditore il dritto di spogliarnelo, per appropriarselo, o per esporlo in vendita.

Si riferisce a quest' ultimo uso, colla più scrupolosa esattezza, un passo di Cicerone, che sarebbe di difficile intelligenza, ove non si conoscesse questa disposizione del dritto romano. Questo oratore immortale, in una delle sue lettere familiari (lib. 13 epist. 56) scritta a Thermo, propretore, gli raccomanda alcuni affari concernenti il suo amico Cluvio, e che non potevan disimpegnarsi se non nella provincia, la cui amministrazione erasi affidata a Thermo. Filote Alabandese, ei gli scrivea, à

---

legge 22. §. 2. ff. *quod vi aut clam*, e della legge 2. del Codice *ut nemini liceat* ec. Ma quello che ci dispensa dall'entrare in una discettazione più curiosa che utile, si è che questo è l'avviso di due celebri giureconsulti; Dionigi Gottofredo, sulla legge del digesto or ora da me citata, e Loyseau, *traité du déguerpissement* liv. 3. num.° 25. *et suiv.* La legge del Codice, da me pocanzi citata, proibisce per verità l'uso dei segni; ma nulla può meglio far testimonianza di un antico uso, quanto la sua abolizione. Quello che à indotto in errore questi autori, è di aver veduto in qualche parte che tai segni apparenti non avevano altro scopo tranne quello di dar conoscenza delle vendite forzate. Egli è vero che tai segni negli ultimi tempi della romana legislazione non hanno avuto altro oggetto: ma egli è vero anche che prima di essere impiegati a questo uso avevan servito a far conoscere le ipoteche.

costituita a favor di Cluvio un'ipoteca sopra un smmobile di sua proprietà. Questo immobile ora ipetta a Cluvio per difetto di pagamento. Fate in modo che Filote ne faccia la formale cessione, e dia il possesso del fondo ai procuratori di Cluvio, o almeno che paghi ciò che va dovendo. *Praeterea Philotes Alabandensis hypotheca Cluvio dedit: HAE COMMISSAE SUNT* (1) *Velim cures ut AUT DE HYPOTHECIS DECEDAT* (2), *easque procuratoribus Cluvii tradat, AUT PECUNIAM SOLVAT.*

L' uso di mettere il creditore in possesso della cosa ipotecata, si è sostenuto lungamente, mentre, e nel Digesto e nel Codice, veggonsi molte leggi che regolano i casi in cui il creditore poteva, o no, vendere l' oggetto ch' egli aveva a titolo di pegno o d'ipoteca, e le formalità ch' ei praticar dovea allorchè facevasi luogo a questa vendita. Su questo riguardo si può riscontrare Pothier, *Pandectes liv. 20 tit. 5.*

Dipoi le severità delle antiche formalità si andarono insensibilmente mitigando. Si giunse a tollerar che l'ipoteca fosse stabilita in vigor del semplice patto. Si ammise che l'ipoteca, quantunque occulta, graviterebbe su tutt' i beni presenti. Era però d' uopo, per questi beni, che l' ipoteca fosse stipulata, mentre non era sufficiente a stabilirla la semplice obbligazione. Ma Giustiniano volle in

---

(1) *Hypothecae commissae dicuntur cum debitore ad dictum diem solutionem negligente, illae, in potestatem creditoris veniunt. Cristof. Cellar. in Cicer.*

(2) La parola *ipoteca* è stata usata nel senso di *fondo ipotecato.* Gli esempj ne sono frequenti nel dritto romano, e questa eccezione è comune a molte parti della Francia. Parlandosi del fondo ipotecato, spesso si dice la *mia ipoteca.*

seguito che, una volta convenuta l'ipoteca, essa gravitasse non solo sopra i beni presenti, ma anche su i futuri, malgrado che per questi non vi fosse stata una particolare stipulazione (1).

Che cosa avvenne in Francia ove fu ricevuta una simile legislazione, ed ove fu ammesso che la semplice obbligazione autentica importava, di dritto, e senza particolar convenzione, ipoteca de' beni presenti e futuri, tranne qualche provincia del nord della Francia, delle quali ci toccherà di far parola, e che rimasero fedeli al principio della pubblicità delle ipoteche?

Il debitore si era astenuto dal far delle vendite ed era rimasto in possesso de' suoi beni? Si procedeva all'espropria, che era seguita da un giudizio di ordine, tempo in cui tutt'i creditori conoscevansi, forse per la prima volta. Le spese di questo giudizio, gravi per se medesime, aumentavansi in ragione della moltiplicità dei debiti che si scoprivano, ed il suo risultamento facea conoscere che gli ultimi creditori eran vittime dell'ignoranza in cui erano stati delle ipoteche costituite prima delle loro. Accadeva sovente che molti non potevan partecipare alla distribuzione, sebbene obbligati di sopportar grandi spese, la cui anticipazione era indispensabile.

Il debitore al contrario vendeva egli tutti o parte de' suoi beni? Allora l'acquirente veniva citato con azione ipotecaria da uno, e spesso da più creditori. L'acquirente aveva il regresso contro al venditore. Se il fondo, dopo la prima vendita fattane, passava in altre mani, vi eran tante azioni di regresso, quanti erano i successivi acquirenti,

(1) V. Loyseau, *de l'action hypothécaire* liv. 3 ch. 1. n.° 14 Basnage, *des hypothèques* ch. 13 et 14 et les lois qu'ils citent.

risalendo fino al venditore originario. Che inconcepibil disordine!

Qual' era la cagione di tanti abusi? La mancanza di pubblicità dell' ipoteca. Questa verità è così evidente che rende inutile ogni altro sviluppo a questo riguardo.

Io quì però non devo ometterc che nel dritto romano erasi introdotta un' ipoteca conosciuta col nome d' *ipoteca speciale*; e le persone poco versate nelle nostre antiche leggi, potrebbero credere per siffatta denominazione, che qualche affinità vi fosse tra questa ipoteca, e quella che nel sistema dell' attuale nostra legislazione è conosciuta sotto allo stesso nome d' *ipoteca speciale*.

Ma esse a questo riguardo sarebbero in un grand' errore. L' ipoteca speciale, secondo i principj del dritto romano, non era sottoposta a veruna pubblicità, al pari dell' ipoteca generale, e quindi non godeva niuno de' vantaggi della pubblicità. Indipendentemente dall' ipoteca generale risultante dalla stessa obbligazione, come è già detto, qualche volta il debitore gravava uno o più fondi di un' ipoteca speciale, ond' è che dovevano essere necessariamente designati. Ma se prima di questa obbligazione munita d' ipoteca speciale, quegli che si obbligava aveva già contratte altre obbligazioni, l' ipoteca generale che derivava da queste, gravitava anche su i fondi affetti da un' ipoteca speciale. Talchè è manifesto che siffatta ipoteca speciale rimanea priva di effetto. E riguardo a coloro che posteriormente alla obbligazione contratta con ipoteca speciale, avessero prestato somme al medesimo debitore, non essendo avvertiti da niuna pubblicità degli obblighi anteriori, con qualunque titolo avessero contrattato, correvan sempre gli stessi rischi nascenti dalla insolvibilità del debitore. Ciò dovea indispensabilmente avvenire, da-

poichè la precedente ipoteca speciale sussisteva, senza che si fosse resa pubblica, in forza soltanto dell'anteriorità del titolo, come l'ipoteca generale.

Vi eran certamente delle differenze fra l'ipoteca generale, e la ipoteca speciale, mentre quest'ultima portava con se un carico più preciso e più forte sul fondo che n'era gravato. Neguzanzio, giureconsulto italiano, in un suo trattato latino sulle ipoteche, opera con molta ragione pregiata, ed in cui la materia è principalmente trattata coi principj del dritto romano, è l'autore che à spiegato il meglio tali differenze. Egli le riduce a sei, *pag. 13*; *5.ª ediz. del 1683.*

Per esempio, nel caso di una semplice ipoteca generale, quantunque i servi del debitore rimanean colpiti da questa ipoteca (presso i romani anche la proprietà mobiliare era come la immobiliare soggetta all'ipoteca) potea non dimeno il debitore medesimo affrancarli, il che non gli era permesso se fossero stati specialmente ipotecati. Per un altro esempio, se un proprietario affittava la sua casa dandola specialmente in ipoteca al suo pigionante, e se quindi egli la vendea ad un altro, questi era tenuto a rispettare il contratto di locazione, il che non avveniva, ove non vi fosse stata che un'ipoteca generale. Io non riferirò gli altri quattro esempi indicati da questo autore, come quelli che ci sono più stranieri del primo da me rapportato.

Ma vi è di più. Spesso avveniva che l'ipoteca speciale era nociva al creditore. Ciò è chiaramente spiegato da Basnage, *traité des hypoth. ch. 5 p. 48*, e da Domat *Leg. Civ. lib. 3 tit. 1.° sez. 3 numero 6.* (*a*) È per questa ragione che in tutti

(*a*) Noi crediam far cosa grata riferendo le parole stesse del celebre Domat.

« Che se si consideri l'uso dell'ipoteca tra il credi-

gli antichi titoli costitutivi d'ipoteca, quando facevasi menzione dell'ipoteca speciale, si soggiungea sempre questa clausola *che la ipoteca speciale non deroghi alla generale, nè la generale alla speciale.*

Laonde non è da sorprendere se nel dritto romano la specialità dell'ipoteca non abbia ottenuto niuno di quei vantaggi inerenti alla specialità dell'ipoteca, com'è concepita nella nostra legislazione ipotecaria, e che sia quindi rimasta quasicchè isterilita. Vi è un'altra ragion semplicissima, che meglio fa conoscere lo spirito con cui è stata introdotta nell'attuale nostra legislazione la specialità dell'ipoteca: questa specialità ben intesa, non è stata riguardata se non come l'istrumento ausiliario della pubblicità. Essa è stato il solo mezzo efficace per giungere alla pubblicità, poichè

---

tore ed il debitore, o tra un creditore ed un terzo possessore de' beni soggetti all'ipoteca di questo creditere, sembra, per i due primi testi citati su questo articolo, che quando il creditore, il quale ha un'ipoteca speciale sopra alcuni fondi, ed un ipoteca generale sopra tutt'i beni del suo debitore, esercita la sua ipoteca sopra gli altri beni, e non sopra quelli che gli sono specialmente ipotecati, e che la sua azione interessi o gli altri creditori, o i terzi possessori contra i quali si dirige; questi altri creditori e questi possessori potrebbero obbligarlo a cominciare dalla discussione de' beni, che gli fossero specialmente ipotecati, prima di venire agli altri. Ma per questo effetto dell'ipoteca speciale, la precauzione del creditore, che l'avesse stipulata, si rivolgerebbe in danno suo. E questo verisimilmente ha dato motivo a coloro, che oltre l'ipoteca generale sopra tutt'i beni, si facevano obbligare i fondi in particolare, di aggiungere la clausola, che l'ipoteca speciale non deroglierebbe alla generale, nè la generale alla speciale. Essendo l'uso di questa clausola ordinario in tutt'i contratti ne' quali vi sono

essa soltanto poteva far conoscere gli oggetti gravati d'ipoteche convenzionali. Ora, non essendovi pubblicità d'ipoteche nel dritto romano, derogotasi alle antiche regole di cui ò fatto parola, l'ipoteca speciale non teneva a nulla, ed era divenuta quasi una chimera. Dimodocchè i gravi inconvenienti presentati dalla romana legislazione a motivo della clandestinità delle ipoteche, sussistevan del pari, e sotto al rapporto dell'ipoteca generale, e sotto a quello dell'ipoteca speciale, così come era.

Una legislazione tanto viziosa produsse effetti così nocivi all'ordine sociale, che richiamò l'attenzione degli uomini di stato e de'giureconsulti.

« SULLY desiderava (1) che niuno di qualunque » qualità e condizione ei si fosse, avesse prestato » denaro *senza la dichiarazione de' debiti che poteva aver già contratti il debitore, delle persone cui eran dovuti, e de' beni ipotecati.* »

Ecco la pubblicità delle ipoteche ed un' indicazione capace di regolarla.

COLBERT tentò realizzar questo progetto: nel mese di marzo del 1763 fece fare un editto che sta-

---

ipoteche speciali ed essendo di un'equità del tutto naturale, perchè l'ipoteca speciale non è stata aggiunta alla generale per derogarvi, e per rendere meno vantaggiosa la condizione del creditore. Sembra perciò, che per un effetto di quest'equità, e del continuo uso di questa clausola, sia avvenuto, che sia sempre sottintesa, e che l'uso abbia rimesso i creditori nel lor dritto naturale di esercitare indistintamente la loro ipoteca sopra tutt'i beni, che vi sono soggetti, senza che sieno obbligati alla discussione della ipoteca speciale, quand'anche questa clausola non fosse stata espressa. Perciò sembra che non rimanga alcun uso della discussione de' beni specialmente ipotecati prima di venire agli altri. »

(1) Mémoires liv. 26.

biliva la pubblicità delle ipoteche : ma questo editto fu rivocato con un altro editto del mese di aprile del 1674, vale a dire che fu spento nel nascere (1).

Per conoscere gl' immensi vantaggi della pubblicità delle ipoteche, vi era l'esempio dato dalle costumanze delle provincie settentrionali (2) che facevan parte del regno, conosciute col nome di *costumanze d' iscrizione, di ricognizione di vest, e dèvest* (a).

Sarebbe più curioso che utile di spiegare le formalità introdotte da queste costumanze, e di risalire alla loro origine. È abbastanza noto, che il risultamento di tali formalità era la perfetta pubblicità delle ipoteche, e che non vi era ipoteca senza pubblicità; il che in quelle province era un punto di legislazione consegrata pel corso di molti secoli, e sempre religiosamente osservata.

Qui presentasi il più valido argomento in favore della pubblicità delle ipoteche. Allorchè dovè redigersi l'editto del 1673, fu ciò eseguito da una mano maestra, giacchè poche leggi offrono una redazione tanto precisa e previdente; coll' articolo 71 si abrogarono le costumanze d' iscrizione, e gli abitanti delle province che vivevan con

---

(1) Vegg. l' opera conosciuta sotto al nome di *testament politique de Colbert* chap. 12 pag. 351 édit. de 1693.

(2) Usi del Boulonnais, Amiens, Peronne, Vermandois, St. Quentin, Senlis, Laon, Reims Chauny, ed altri. Lo stesso era negli usi di Fiandra, e Paesi Bassi, che circondano la Picardia. Eran pure di questo numero gli usi di Hainaut, Liége, Artois, Lille, ec.

(*a*) Queste due parole si son rimaste così come trovansi nell' originale, poichè mal volentieri potrebbero presso di noi avere una parola ad una frase che l' esprimesse.

quegli usi, si tacquero. L'editto adempiva perfettamente l'oggetto della legislazione, anzi lo migliorava.

L'editto del giugno 1771 del quale farò menzione fra poco, e che fu molto utile sotto certi riguardi, ma che fu lontano dal potersi dir perfetto, poichè lasciava sussistere le ipoteche occulte, questo editto coll'art.° 35 abrogò la costumanza *del possesso ed iscrizione*, e derogò le altre.

Ma che cosa ne avvenne? I richiami degli abitanti de'paesi regolati colle costumanze di *possesso ed iscrizione* innalzaronsi da per ogni dove; il parlamento di Fiandra, ed il consiglio di Artois si denegarono a far registrare ed eseguir l'editto; e quando l'autorità regia venne illuminata, cedè alle rimostranze, consentendo, con una nuova legge, che l'editto non fosse osservato ne'paesi che vivevan con quelle costumanze.

Che si rifletta bene. In un tempo il silenzio de' popoli particolarmente interessati alla legislazione ipotecaria; in un altro, i loro richiami, e l'autorità regia che fa dritto a questi richiami; tutto altamente depone a favore del principio della pubblicità delle ipoteche.

Non è dunque da meravigliarsi se LOYSEAU, BASNAGE, E D'HÉRICOURT, tre famosi giureconsulti, che si sono particolarmente occupati di questa materia, abbian declamato intorno alla insufficienza della legislazion francese, e ne abbian desiderato il miglioramento (1). D'HÉRICOURT emette formalmente il suo voto, di veder generalmente osser-

---

(1) Loysean, *du déguerpissement liv. 3 ch. 1 n. 14 et suiv.* Basnage *traité des hypothèques chap. 1 pag. 10 édit. in-12 de 1702*; d'Héricourt, *traité de la vente des immeubles, chap. 11 sect. 3 num. 8 et suiv. et chap. 14 num. 7.*

vati, per la parte ipotecaria, le costumanze dell'*iscrizione*, sollecita con ardore lo stabilimento dell'editto del 1673, osservando che giusta l'esordio dell'editto del 1674, quello del 1673 non era stato rivocato per sempre, e che la esecuzione di esso era stata solamente sospesa.

Io non potrei perdonare a me medesimo, se passassi sotto silenzio una opinione estremamente importante contro al sistema della pubblicità delle ipoteche, poich'è quella dell'immortale cancelliere D'AGUESSEAU (1).

Ma per grande che sia il rispetto dovuto alle opinioni di questo grand'uomo, dovranno esse adottarsi senza esaminarle? E di che peso sarebb'egli mai un assenso alle di lui decisioni, figlio di superstiziosa credulità e non di ragionata convizione?

E da prima si potrebbe osservare, che questo illustre capo della magistratura potè determinarsi a simile decisione per circostanze esistenti nell'epoca nella quale fu consultato, per sapersi s'era utile di far rivivere l'editto del 1673, e queste circostanze s'ignorano, o almeno non son da me conosciute. Egli dice tre volte (pag. 621 e 623), che questo editto non potrebbe mai tanto male adattarsi quanto nella *circostanza presente*.

Quindi ben si vede che la quistione va esaminata sotto un punto di veduta generale.

Il sig. di D'AGUESSEAU fondavasi, com'ei dice, sull'esperienza fatta in ordine all'editto del 1673.

Ma di grazia, come sarebbesi acquistata un'esperienza utile sulla esecuzione di questo editto, se, al dir del medesimo D'AGUESSEAU, il legislatore *volle che fosse morto nei primi giorni del viver suo*. D'altronde v'era egli bisogno d'invocare per

---

(1) Œuvres de d'Aguesseau tom. 13 pag. 630 édit. in-4.

questa legge l'esperienza, quando i principj che l'avevan dettata, sì profonde avevan messe le radici ne' moltiplici usi conosciuti col nome d'*inscrizione* che allora erano in vigore, come lo sono stati sempre in prosieguo?

Questo, quanto saggio altrettanto virtuoso magistrato, rammenta i riclami eccitati in Francia dall' editto del 1673.

Ma donde derivavano? quali n' erano i motivi? (1)

D'AGUESSEAU invoca i costumi del suo tempo, ed ecco le sue stesse parole.

« Si è sempre creduto che nulla nuocesse tanto » al bene delle famiglie, quanto di far conoscere lo » stato, e la situazione della fortuna de' particoli.

» Un Italiano disse una volta, che la opinione » è la regina del mondo: può dirsi ch' essa à stabilito » in Francia la sede del suo impero: qui non si vive, » non si sussiste che di opinione; il credito e la con- » fidenza non sono fondati che sulla opinione; e sa- » rebbe un distruggere le ultime ricchezze degli uo- » mini, strappando loro quella riputazione che bene » spesso lor tien luogo di beni di fortuna, anche » quando essi han tutto perduto.

» Con essa giornalmente si veggono moltissime » famiglie rialzarsi e ristabilirsi, senza di che sareb- » bero state irremisibilmente perdute.

» È questa opinione che procura ai più sventu- » rati, risorse imprevviste. Siccome si crede poter ri- » porre qualche fiducia nella loro probità, senza es- » servi un' intera certezza della loro rovina, eglino

(1) Amo meglio di rimandare a quel che su questo assunto si è detto nell' opera che à per titolo, *testament politique de Colbert*, che di riferire in questo luogo le espressioni dure che s' impiegano contro la magistratura, ed i grandi del regno, ai quali si rimprovera la rivoca dell' editto del 1673.

» trovano ancora nei loro amici quei soccorsi de' quali
» possono profittare, onde radunar gli avanzi della
» loro fortuna: o almeno non sono vigorosamente
» premurati, e lo stesso tempo che così guadagnano
» non è l' ultimo dei vantaggi procurati loro dalla
» opinione.

» Durante questo tempo, un mercante trova con-
» giunture felici che ristabiliscono il suo commercio;
» un magistrato raccoglie una successione che lo mette
» al caso di sostenere la sua dignità; un gentiluomo
» vende una terra a vantaggiose condizioni, o contrae
» rapporti che gli procurano il mezzo onde pagare
» i debiti della sua casa; in fine, senza discendere
» a maggiori particolarità, l' esperienza continuamente
» c' insegna che vi sono molte famiglie rialzate per
» opera della opinione. »

Ma son forse questi i nostri attuali costumi? Si può con certezza rispondere di no. Da più di venti anni si presta meno alla *probità* che alla *proprietà*. (1) Poche onorevoli eccezioni ch' esistano non distruggono le conseguenze che deduconsi dalla generalità di un uso, e dal suo impero. Si sarebber fatti sentire in tutt' i tempi i vantaggi della pubblicità delle ipoteche: ma come vi si potrebbe rinunziare all' uscir da una rivoluzione, in cui, bisogni creati dalle disgrazie, false speculazioni figlie d' una eccessiva cupidigia, perfide risorse suggerite dall' usura

(1) Quest' idea forma il soggetto di uno de' più pungenti, ed anche dei più veri epigrammi di Marziale.

Cum rogo te nummos sine pignore: Non habeo inquis;
Idem, si pro me spondet agellus, habes,
Quod mihi non credis veteri, Thelesine, sodali
Credis colliculis arboribusque meis.
Ecce reum Carus te detulit: adsit agellus.
Exilii comitem quaeris? agellus eat.
Mart. Epig. Lib. 12. epig. 25.

àn seminato in tante e tante fortune, germi di distruzione che indarno si tenta di dissimulare, e che sviluppansi di giorno in giorno? Come potrebbesi dopo tanti anni, e come potrebbesi ancora per molto tempo almeno, contrattare con qualche sicurezza, se mancasse la pubblicità dell' ipoteca? La confidenza è l' anima delle convenzioni; chi presta non ne à se ignora le ipoteche, e chi prende in prestito non può farla rinascere se non dimostra la sua solvibilità con de' registri che tendono a far conoscere lo stato della sua possidenza. Ogni legislazione che non procura questo doppio vantaggio è necessariamente imperfetta.

Questa verità si applica così al commercio, come alle altre ordinarie transazioni della vita. Egli è vero che la prosperità del commercio può derivar da tutt' altro che dalla facilità di poter ipotecare i beni fondi: essa dee principalmente dipendere da un credito fondato sulla industria, e su di una sperimentata condotta.

Ma, primieramente, astrazion fatta degl' impegni tra commercianti, le ordinarie transazioni sarebbero numerose ed importanti abbastanza per poter sussistere senza la pubblicità dell' ipoteca. In secondo luogo, anche questa pubblicità viene spesso in soccorso de' commercianti. Quanti di questa classe sarebbero rimasti privi del vantaggio di stabilire un commercio, divenuto floridissimo, se da prima non avesser potuto stabilir delle ipoteche? Non si vede alla giornata negli atti di società puramente mercantili, i socj darsi a vicenda delle ipoteche, con facoltà d' iscrivere in nome della società per la sicurezza de' reciproci impegni? È forse raro che i padri, i suoceri, onde fondare o mantenere il commercio de' loro figli o generi, gli autorizzino con atti autentici ad ipotecare una parte dei loro beni? Mi son caduti sott' occhio alcuni atti di questa natura.

La necessità d'un sistema ipotecario si fa sentir più vivamente, quando le famiglie corron dietro agl' impieghi per gl' individui che le compongono. In quasi tutt'i rami dell' amministrazione, non si possono ottenere impieghi senza dar cauzione in beni fondi, o senza gravar questi fondi d' ipoteche in favore d' un terzo, onde procurarsi queste cauzioni, se sono in denaro contante. Ora non può concepirsi l' esistenza di simili garentie senza la pubblicità dell' ipoteca; e sembra contraddittorio che il Governo ne imponga le condizioni, senza dare i mezzi per fornirle.

Non era lo stesso anticamente, allorchè gl' impieghi dipendevano dagli uffizj o dalle cariche, la cui creazione emanava dal Re, e che si esponevan venali. Il privilegio esclusivo sull' uffizio a favor del Governo o delle parti interessate, era una garantia sufficiente per gli abusi e per le malversazioni dei titolari.

Le cose rimasero su questo piede fino a l'editto del mese di giugno 1771.

Questa è la prima legge che mostra quanto vivamente il legislatore sentiva le imperfezioni e gl' inconvenienti della precedente legislazione. È molto importante di fare attenzione su ciò che ne risulta.

I decreti volontarj, le di cui spese eran quanto sterili, altrettanto considerevoli, disparvero. L' acquirente, esponendo pubblicamente il titolo del suo acquisto durante un determinato tempo, ebbe la maggior facilitazione per conoscere i creditori del suo venditore, i quali erano obbligati di fare opposizione alle lettere di ratifica. La facoltà di sovraimporre fu ammessa ciò non ostante, affin di evitar le frodi che potevan commettersi sul prezzo della vendita, relativamente ai terzi. Le lettere di ratifica purgavan gl'immobili acquistati dalle ipote-

che ond'erano gravati. Tali ipoteche staccavansi da questi immobili, e trasformavansi in tante azioni sul prezzo della vendita o determinato dalle sopraggiunte offerte. Laonde l'acquirente cessò di temere gli antichi assalti ipotecarj, di cui abbiam fatti conoscere i deplorabili effetti. Così la circolazion degl'immobili fu più rapida, e l'uso delle lettere di ratifica, più frequente.

Ma questo editto, comecchè utilissimo, non giunse alla sua perfezione, a quella almeno che gli uomini dar possono alle loro istituzioni. Le ipoteche rimasero occulte. Le opposizioni prescritte ai creditori per conservarle nel caso di lettere di ratifiche, facevansi a piacere de' creditori medesimi, purchè si producessero prima che le lettere fosser munite di suggello. L'ipoteca era sempre inerente al titolo costitutivo del credito, e non prendea la sua data dalla opposizione. I creditori adunque non si riconoscevano, come prima dell'editto, se non quando trattavasi di devenirsi al giudizio d'ordine; ed era solo allora che molti acquistavan la spiacevole certezza ch'essi erano stati vittime d'una funesta sicurezza contro della quale non avevan potuto premunirsi con veruna anticipata conoscenza.

Il sistema della pubblicità delle ipoteche fu finalmente ordinato colla legge degli 11. *brumaire* anno 7. (1.° novembre 1799), legge osservabilissima in questa materia; poichè noi non dobbiamo assegnar niun posto alla legge di *messidor* anno 3 (giugno o luglio 1795), la quale si risentiva della fermentazione degli spiriti ch' esisteva quando essa comparve. Non di meno, malgrado i timori che destò sullo scotimento generale delle proprietà che volevan mobilizarsi in una maniera spaventevole, non poteva non osservarvisi delle utili idee. Essa sarà sempre un oggetto di curiosità e d'interesse per coloro che amano di conoscere una legis-

lazione in tutta la sua latitudine, e risalendo alla sorgente. Alcune disposizioni della stessa sono state eseguite e confermate in quanto al passato dalla legge di *brumaire*. Talchè giova il conoscerla.

Da tutto ciò che si è detto in questo paragrafo risulta, che l' abolizione della pubblicità delle ipoteche farebbe nascere incalcolabili mali. Tutte le transazioni sociali ristagnerebbero.

§. 2.°

Il Codice civile avendo introdotte alcune ipoteche legali scevre dal dovere d' iscrivere, debbon queste considerarsi come tante eccezioni che distruggono il sistema della pubblicità?

Il modo col quale ò stabilita la quistione fa già prevedere quali sien per essere le confutazioni delle obbiezioni fatte. Intendo dire che si prendono per eccezioni quelle che son mere modificazioni. Ora tutt' intendono la differenza che corre tra le une e le altre, e, questa differenza una volta stabilita, si rimarrà convinto che in ogni caso in cui divien necessario di conoscere tutte le diverse specie d' ipoteche, la legge procura questa conoscenza, e che si ritorna sempre a quella pubblicità che ne forma il sistema, e mercè cui il suo scopo è adempiuto nell' interesse di tutte le parti contraenti.

La specialità, dicono i critici, sembra esser la base della legge, e ciò non ostante, anche in ordine agl' impegni convenzionali pe' quali siffatta specialità particolarmente si esige, una semplice dichiarazione del debitore, può estendere l' ipoteca anche su i beni futuri. (1)

---

(1) Art. 2130. ✻ 2016. Cod. civ.

Nè questo è tutto. Vi sono delle ipoteche generali che gravitano su i beni presenti e futuri; alcune di queste debbono, per verità rendersi pubbliche colla iscrizione: ma alcune altre si sostengono da loro medesime, senza bisogno di tale pubblicità.

Vi sono tante ipoteche che s' intreccian fra loro come altrettanti fili di una rete; quindi si conchiude che dovendosi fare tante eccezioni ai due principj della *specialità e della pubblicità* in modo che ne rimangon quasi distrutti, non valea la pena di rinunziare alla precedente legislazione.

Ma tutti questi imbarazzi non son figli che dell' immaginazione, e coloro che ne formano un soggetto di timore, provano che non hanno riflettuto sull' insieme della nostra legislazione, nè su i risultamenti della pratica costante.

Contra l' opinione che la confusione delle ipoteche legali colle speciali, toglie il sistema alla legge, e la ritarda nel cammino, io stabilirò un gran pregiudizio. Dirò che nelle costumanze dell'*iscrizione* la cui legislazione è stata specialmente prediletta da coloro che bramerebbero la pubblicità assoluta, le ipoteche legali erano esenti da quelle formalità stabilite per la pubblicità delle ipoteche generali. Lo attesta MORNAC, sulla legge *26: ff. de pignorat. act.* dietro le autorità più rispettabili, cui potrei accoppiar delle altre meno remote. Ei parla delle ipoteche legali delle mogli, e dei minori, e de' coeredi per pareggiamento di quote, ai quali la legge allora dava un' ipoteca legale, e che ora il Codice civile à messo tra creditori privilegiati. *Tres tamen*, dice MORNAC, *exceptiones reperio; præhensiones enim istæ reales, seu NANTISSAMENTA, ut loquimur, non desiderantur ubi agitur de tutelæ actione, vel dote. Sunt enim hypotecæ legales quæ etiam, citra ullum hominis ministerium obtinent ... idem vero etiam, ubi*

agitur de reditu pecuniario qui in supplementum divisionis constitutus est. Dicimus POUR SOULTE DE PARTAGE.

Ed allegandosi la legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799.) si pretenderebbe forse essersi ingiunto alla moglie, ed a suoi parenti, l'obbligo di prendere al momento del matrimonio una iscrizione su i beni del marito per la sicurezza della dote, e delle competenze matrimoniali?

Ma quest' obbligo imperativo, il cui effetto sarebbe stato che tutte le iscrizioni prese dai terzi, prima della moglie, su i beni del marito sarebbero stati a questa preferiti, quest' obbligo contiene una ripugnante durezza. Manifestazione di mancanza di fiducia, atti di una fisonomia ostile non sono gli auspicj sotto a'quali unisconsi le famiglie. Sotto lo stesso impero della legge di *brumaire*, simile disposizione di rado è stata messa in pratica.

Ma convien ch'io non mi fermi a queste osservazioni preliminari. Veniamo alle prove. Facile ne sarà lo sviluppo. Si tratterà solo di penetrar lo spirito col quale la legge fu fatta, e di far osservare con quanta cura essa ha cercato di conciliar tutti gl'interessi. Vedrassi che se alcuni son vulnerati, colpa è tutta delle parti contraenti, meno attente a conservarli di quel che sia stata la legge nel procurargliene i mezzi. Si sarà pure convinto che la *specialità* dell'ipoteca non esclude la *legalità*, ossia, la *generalità*; ovvero, il che torna allo stesso, che queste tre ipoteche *speciale*, *legale*, ed in conseguenza *generale*, o semplicemente *generale* senza esser legale, possono andar del pari senza distruggersi fra loro (1).

(1) Per poco che si conoscano gli elementi della legge queste diverse denominazioni non fanno alcuna confusione,

Perchè meglio m' intendano deggio far delle ipotesi.

Un particolare possiede 300,000 franchi di beni, e suppongo che sua moglie gli abbia recata una dote di 100,000 franchi. È manifesto che rimangono 200,000 franchi disponibili per facilitar le intraprese ch' ei vorrà fare, onde accorrere ai suoi bisogni. Se l' ordine e la moralità dovessero qualificar tutt' i suoi impegni, e regolar l' amministrazione de' suoi beni, si conosce facilmente che i terzi, sien creditori, sieno acquirenti, potrebbero contrattare con esso lui senza verun timore. Egli saprebbe fermarsi ov' egli deve, perchè i suoi creditori od acquirenti non corressero alcun rischio.

Ma sebbene questo stato di cose non sia senza esempio; (e certo sarebbe una grave sventura se non esistesse mai) pure è d' uopo convenire che l' uomo non dee regolarsi su questa ipotesi, quando si tratta di assicurare i proprj interessi in fatto di transazioni sociali. L' immoralità stà sempre a fianco del dissesto degli affari. Ed anche senza immoralità, le colpe, effetti di semplici negligenze prodotte dalla irriflessione o da una lunga non curanza, possono partorire un disordine non previsto sulle prime. È per questi casi che la legge veglia ed esercita una saggia ed utile previdenza. Esaminiam dunque le sue disposizioni sotto quest' ultimo rapporto, e veggiamo s' essa fa nascere una confusione in cui sarebbe difficile di ritrovarsi.

Distinguiamo gli acquirenti dai creditori, ed esaminando la sorte degli uni e degli altri, io li

La *generalità* non sempre suppone la *legalità*. La *legalità* suppone sempre la *generalità*: la sola sua denominazione indica ch' essa nasce per opera della legge senza bisogno di convenzione.

presenterò sotto un duplice aspetto. Io da prima li presenterò in uno stato di negligenza ed incuria assoluta delle disposizioni della legge, e poscia attentissimi a conformarsi a queste disposizioni medesime.

Che un acquirente contragga con un uomo che sia nella posizione poc'anzi da me supposta; ch'abbia cioè una fortuna di 300,000 franchi in beni fondi, su cui graviti una dote mobiliare di 100,000 franchi; se l'acquirente compra 50,000 franchi di beni dai 200,000 che, secondo la mia ipotesi rimangongli liberi, anche quando non vi fossero iscrizioni prese su questi beni liberi, e se fondandosi su queste circostanze paga il prezzo della compra, credendo di non correre alcun rischio, egli può rimaner deluso nelle sue speranze. Ed in fatti quale certezza avrebbe egli, che il suo venditore, ove qualche disordine avvenga nei suoi affari, e che rimanesse ignoto, non venda, senza la sua intelligenza la maggior parte dei fondi che gli rimangono? E se ciò avviene, il secondo acquirente può far fare le intimazioni prescritte dall'articolo 2194 * 2094 del Codice civile, e dalla decisione del Consiglio di Stato del primo giugno 1807, e può non esser presa iscrizione per parte della moglie. In questo stato di cose il secondo acquirente ha la facoltà di sborsare al marito il prezzo della compra, e ciò validamente per una conseguenza di questo art. 2194 * 2094 e dell'art. 2195 * 2096 Cod. civile. Allora la donna, pel ricupero della sua dote e competenze matrimoniali, può esercitar l'ipoteca legale su i primi fondi venduti dal marito e che non furon liberati dalle ipoteche. Il suo silenzio, quando le s'intimò la vendita posteriormente fatta, non le toglie il dritto di esercitar la sua ipoteca su i fondi precedentemente venduti, e pei quali l'acquirente non à prese le precauzioni già

indicate per purgarli dalle ipoteche. Il di lei dritto ipotecario è indivisibile. Essa à la facoltà di rivolgersi su quello de' fondi di suo marito che meglio le aggrada.

Suppongo una seconda vendita per parte del marito, di beni diversi dai già alienati: ma supponendo che in vece di venderli gl' ipotecasse ad un solo od a molti, la sorte che correrebbe il primo venditore sarebbe sempre la stessa. La moglie potrebbe favorire i creditori del marito, e lasciare intatte le loro ipoteche: ma avrebbe sempre il dritto di sperimentar la sua azione ipotecaria contro al primo venditore. In questa seconda ipotesi, quale risorsa egli avrebbe onde sottrarsi a simile azione?

Veniamo adesso alla sorte di coloro che prestano al marito, ma che vivono in uno stato d' incuria e di negligenza in quanto alle precauzioni indicate dalla legge per ottener la sicurezza dei crediti.

Dopo quel che ho detto posso spiegarmi intorno a ciò con molto laconismo. È facile il conoscere che ad onta delle iscrizioni prese dai creditori su i beni del marito, e gravati a fronte di essi d'ipoteca speciale, la moglie che hà la scelta di applicar la sua ipoteca speciale a quel fondo che più le piace, per effetto del principio della indivisibilità dell'ipoteca, può coprire, quando il voglia, con questa medesima ipoteca, gl'immobili affetti d'ipoteche speciali, e queste ipoteche, o quelle almeno che non avrà voluto risparmiare, rimarranno isterilite.

Debbo ciò nulla ostante far osservare che la Corte di cassazione à reso, sotto il dì 16 luglio 1821 una decisione importantissima nel caso di concorso, fra le ipoteche legali e le speciali. Io ne fo conoscere la specie al numero 184 di questo trattato. La misura molto saggia adottata dalla Corte è tale che senza ferire i dritti de' creditori con ipoteche legali, o generali, raddolcisce il peso di queste ipoteche in

favore de' creditori che vantan solo ipoteche speciali. Essa ha ragionevolmente giudicato, come lo avea fatto la Corte reale di Nimes, che i primi creditori con ipoteche speciali, i quali avevan prestato il loro danaro con una fondata presunzione che i beni del debitore fosser capienti, dovevano esser preferiti a coloro che avevan prestato allo stesso debitore dopo di essi. Ma anche siffatta decisione prova la realtà dell' inconveniente da me indicato, e i suoi risultamenti stabiliscono la possibilità, anzi la necessità, che alcuni fra i creditori con ipoteca speciale, concorrendo con altri che vantano ipoteche legali o generali, perdono i loro crediti o in totalità, ovvero in parte.

Esaminiamo ora lo stato delle cose, quando i terzi, lungi dall' abbandonarsi al capriccio della sorte, sovente per essi funestissimo, sieguono in vece i consigli che dà loro la legge.

In quanto all' acquirente, egli può battere una via quanto semplice altrettanto sicura. Se ama di riposar tranquillo sulle conseguenze del suo acquisto, deve astenersi di pagare il prezzo nel momento che compra. Egli deve indispensabilmente prendere le misure prescritte dall' articolo 2194 * 2094 del Codice civile, e dalla decisione del Consiglio di Stato del 1.° giugno 1807, affin di liberare il fondo acquistato, dalle ipoteche legali. Lo stabilimento della legalità dell' ipoteca, ed il mezzo proprio per liberarsene, presentano tutt' insieme un felice artifizio, col favor del quale il legislatore concilia tutti gli interessi. La iscrizione viene quando è necessaria, cioè, quando trattasi di salvare l' ultima tavola del naufragio. Non vi è iscrizione allorchè la moglie è sicura dell'industria e della buona condotta del marito; ma viene allorchè la moglie conosce ch' essa non dee consentire di divenir la vittima delle profusioni, e delle stolte speculazioni di lui.

Quanti compratori non si son visti inviluppati, ed anche rovinati, per non aver voluto trascrivere, ad oggetto di risparmiar le spese della trascrizione? Dopo la legge del 28 aprile 1816, che cogli articoli 52 e 54 ordina cumulativamente il pagamento de' dritti di registro, e di trascrizione, gli esempj di tai disordini sono menu frequenti. In questo caso si è visto, il che accade ben di rado, che una legge finanziera divien benefica quando costituisce certe persone nella necessità di esser sagge, e di vegliare alla conservazione delle loro proprietà (*a*).

Passiamo alla ipotesi di colui che vuol prestare supponendo sempre ch' egli voglia condursi con prudenza ed a seconda delle disposizioni della legge.

Egli corre più pericoli di quelli che ne corra l' acquirente. Questi à facoltà di far trascrivere il suo contratto di compra, e di purgarlo dalle ipoteche legali, come si è già visto. Ma tutte queste misure sono assolutamente estranee a colui che presta. Non di meno la legge offre tali risorse che lo mettono al coverto da qualunque pericolo. S'egli sa che il marito à preso una considerevole dote mobiliare, e che vi sono competenze matrimoniali fisse od eventuali, ei potrà, di accordo col marito, che non può denegarvisi e per proprio interesse e per delicatezza, ottenere una determinazione,

(*a*) Ma se le spese di trascrizione fossero eccessive allora le sollecitudini della legge finanziera divengon crudeli. E colui che per non poter soddisfare l' ammontar del dritto incorrerebbe ne' disordini osservati dal sig. Grenier, non vi sarebbe stato forse sospinto dalla legge finanziera, che qui sarebbe come la complice di tale disastro? Lodi non pertanto al nostro Re che fra gli altri benefizj à fatto quello di ridurre il dritto di trascrizione. Se in questo caso alcun vi è che non si uniformi alla legge per assicurar l' acquisto della proprietà, sua colpa.

o per così dire una *specialità*, nella forza del termine, dell'ipoteca legale della moglie sopra determinati fondi del marito, ai quali l'ipoteca legale sarà ristretta, in modo che tutti gli altri fondi del marito rimangan liberi: sarà quindi su questi ultimi fondi che il creditore prenderà con sicurezza la sua ipoteca speciale. Tai beni potranno anche, a seconda del loro valore, far fronte a diversi imprestiti, e sopportar molte ipoteche senza che queste a vicenda si nuocciano.

Gli articoli dal 2140 fino al 2144 inclusive * 2034 a 2038 del Codice civile offrono tutti questi mezzi. Giusta il primo di siffatti articoli, il marito può aver presa questa precauzione col contratto stesso del suo matrimonio. Se ciò non è stato, nè à potuto farsi, attesa la modicità dei suoi beni all'epoca del matrimonio, per effetto degli altri articoli la precauzione può esser presa parimente nel corso del matrimonio, e le spese non sono di gran momento. Tutto questo è comune ai mariti, ed ai tutori de' minori e degl' interdetti. In ordine al marito, se tutt'i mezzi divengono impossibili, stante i dritti della moglie assorbiscono il valor de' beni, in tal caso il marito sarà nella felice impossibilità d'ingannare, e niuno sarà ingannato. Si dirà forse che tutte queste formalità sono incomode per un marito, per un tutore? Ma allora che gli uni non prestino, che gli altri non prendano ad imprestito, e così non vi saran più litigj e testimonianze di calamità, che prendono la origin loro dalla mancanza di tali precauzioni. La legge non dovea nè potea proteggere che speculazioni fatte con principj di saviezza e di rettitudine.

Si son ricordate le ipoteche giudiziarie come per appoggiar l'opinione del dannoso intreccio delle ipoteche legali e generali, colle speciali. Ma è della natura stessa della ipoteca giudiziaria di

esser generale. Se si considera sotto al rapporto dell'interesse particolare di un creditore che gode questa ipoteca, allora un tale creditore à potuto aver gli stessi indizj avuti da qualunque altro creditore che presta con un' ipoteca speciale. Se poi si considera quest' ipoteca giudiziaria sotto al rapporto dell' interesse dei concreditori, o degli acquirenti, ed allora essa non può trarli in inganno; mentre oltre al poter esser ridotta, è anche resa pubblica dalla iscrizione.

Le medesime osservazioni han luogo in ordine all' ipoteca su i beni futuri, autorizzata dall'art. 2130 * 2016 del Codice civile. I terzi non possono essere ingannati a questo riguardo, dapoichè i beni che acquista in seguito il debitore, deggiono essere gravati d' iscrizione a misura che entrano nel di lui patrimonio.

Il punto essenziale si è che le ipoteche, siano speciali sian giudiziarie possono stabilirsi sopra fondi liberi che non ànno più verun contatto con ipoteche legali, allorchè altri fondi sono addetti particolarmente a queste ipoteche. Ora egli è già dimostrato che la legge procura siffatti vantaggi.

Si è già veduto che vi sono delle ipoteche le quali debbono essere necessariamente rese pubbliche colla iscrizione, dal momento che sono costituite; altre che sembrano esserne esenti, divengono egualmente pubbliche allorchè i terzi, per loro interesse, provocano una tale pubblicità.

Vi sono anche delle ipoteche legali diverse da quelle delle mogli, de' minori, e degl' interdetti: queste ipoteche riguardano principalmente gli amministratori pubblici: ma esse son soggette alla formalità dell' iscrizione, ed allora ognun vede che i terzi non saran per esse in errori pregiudizievoli.

§. 3.°

Quali sono gl' inconvenienti della specialità così come trovasi regolata dalla legge, e quali i mezzi per ovviarli?

Eccomi alle imperfezioni che si trovan nella legge. Queste imperfezioni si versano sopra certe particolarità; ma le particolarità sono importanti quando trattasi di una legge, la esecuzion della quale, come eccezione a tutte le altre, diviene una specie di giuoco meccanico, che può facilmente imbarazzare, o colla sua superfluità, o per mancanza di esattezza delle sue molle.

Sarò breve, stante l' opera che il sig. Hua, ora avvocato generale presso la Corte di cassazione, à data in luce nel 1812. Essa è stata letta con piacere, e meritava di esserlo, sebben riguardi principalmente ciò che concerne la *specialità* (1). Io quindi mi limiterò ad alcune osservazioni.

La *pubblicità* dell'ipoteca faceva ricorrere necessariamente alla *specialità*; vale a dire, ad una determinata applicazione dell' ipoteca, capace di far riconoscere con facilità i fondi che ne sarebbero gravati. Ma per effetto di uno scrupolo puerile, protratto al di là di un giusto limite, si stabilirono più mezzi di quelli che facevan d'uopo per conoscere le ipoteche, e questa inutile ed eccessiva sovrabbondanza; non si ottenne altrimenti che col soccorso di formole sulle quali era facile di commettere degli errori, puniti colla decadenza da

---

(1) L' opera è intitolata — *De la nécessité et des moyens de perfectionner la législation hypothécaire.*

un dritto che formava lo scopo principale della legge.

Trattavasi forse d' ipotecare uno stabile composto da diversi fondi o da diverse parti ereditarie? Si credette che non vi sarebbe un' ipoteca speciale, la quale corrispondesse al voto della legge, se ciascuna di queste parti non fosse sottoposta all' ipoteca. Un particolare, nel fatto, avrebbe ipotecato tutt' i suoi beni presenti: ma anche questa enunciazione, quantunque indicasse il circondario nel quale eran situati, non era sufficiente; vi voleva l' ipoteca di ciascuno di tai beni nominativamente; articolo 2129 ✳ 2015 del Codice civile.

La legge volle pure la indicazione della specie, e della situazione de' beni; art. 2148 n.° 5. ✳ 2041. n.° 5. Codice civile.

Queste sole parole *specie*, *situazione*, sono state sorgenti inesauste d' infiniti litigj. Di fatti si sà fino a che segno lo spirito di cavillo può esercitarsi, quando si vogliono esigere, accumulando particolarità inutili per la buona fede, tutte le spiegazioni relative alla conoscenza della *specie*, e della *situazione* di un fondo.

Intanto è visibile che i terzi ne avrebbero una sufficiente conoscenza, se un particolare ipotecasse tutt' i beni ch' ei possiede ovunque posti sotto una denominazion generale, e se il creditore iscrivesse il suo credito in tutt' i circondarj ov' essi son siti. Ecco, se si vuole, un' ipoteca generale dei beni presenti: ma perchè esigere un altro modo, se questo è conforme all' intenzione de' contraenti, e soddisfa il voto della legge? Vi sarebbe sempre un' ipoteca, ed un' ipoteca conosciuta senza equivoci. Quegli che, dopo la iscrizione di simile ipoteca, volesse prestar danaro al medesimo debitore, volendo sapere se vi è sicurezza per lui, non dovrebbe fare che un ragionamento semplicissimo;

dovrebbe sapere soltanto le provincie nelle quali sono i fondi che gli si vogliono ipotecare, e consultar quindi i registri del conservatore delle ipoteche delle provincie ove i fondi ritrovansi. Quando sapesse che vi è una iscrizione su i fondi situati nella tale provincia, saprebbe con certezza che il fondo offerto come pegno del suo credito è già gravato da altre ipoteche.

Del resto, io non intendo dire che sia stato inutile il determinare particolarmente la specialità dell' ipoteca: ma avendo presa, a cagion di esempio, la massima latitudine, e parendomi dimostrato che in questa stessa latitudine nulla mancherebbe per giungere alla conoscenza dell'ipoteca e de' fondi su i quali gravita, io intendo far conoscere che potrebbero benissimo diminuirsi le forme di cui si è fatta una necessità.

Esaminiamo ora il caso in cui il debitore volesse per suo meglio, e col consenso del creditore scegliere il modo dell' ipoteca nominativamente e tassativamente speciale. Trattasi forse, dividendo la proprietà del debitore, d' ipotecare un fondo che fa parte d' un fondo contiguo, o che si compone di diversi altri fondi? In tale circostanza, senza ricorrere alle precauzioni che sembran suggerite dalla legge in vigore, egli potrebbe indicare il nome particolare del fondo, il comune, ed il circondario ov' è messo. Vi sarebbe forse da ingannarsi se la iscrizione contenesse l' indicazione medesima?

Ma se si trattasse di una sola parte di un podere? allora, rigorosamente parlando, la specialità dovrebbe essere osservata come il solo mezzo perchè si conosca il fondo ipotecato. Solo in questo caso bisognerebbe enunziare l'estensione, la specie, e la situazione del fondo, coll' indicazione dei confini, o almeno di alcuni di essi, del comune e della provincia. Che varii la specie, poco impor-

ta; la specie all' epoca della iscrizione potrebbe sempre esser conosciuta, e la menzione de' confini non lascerebbe alcun dubbio.

Laonde per questa parte il vizio dell' attuale legge deriva dall' aver resa la specialità necessaria in tutt'i casi, invece di lasciarne l' esercizio facoltativo, a seconda dell' interesse delle parti; e dall' aver visto, nei mezzi di far conoscere i fondi ipotecati, maggiore difficoltà di quella che realmente ve ne sia. Lasciam che si generalizi più o meno, che più o meno si particolarizi o specifichi, badiam solo che non si possa senza mala fede rimaner nell' incertezza sulla situazione dell' ipoteca.

Più. Le forme son divenute più rigorose e più moltiplici tosto che si è trattato di enunciare nella iscrizione i nomi e cognomi del debitore, la sua professione, ove ne abbia una, il suo domicilio, la data e la natura del titolo, e l' epoca della esigibilità del credito.

Gli errori, o le inavvertenze da cui è tanto difficile a preservarsi, allorchè debbonsi osservar tante formalità, e sopratutto allorchè i tribunali punivano ogni loro omissione colla pena di *nullità*, sono state così disastrose, che lo spirito protettore delle convenzioni, e conservatore dei dritti e proprietà, col quale la legge fu fatta, svanì, e la legge stessa si mostrò in una aria di severità che il legislatore dispiega soltanto contro ciò che ammette a malincuore.

Intanto tutto si riduce a semplicizzar le forme in modo da potersi ragionevolmente sostenere, che stando alla iscrizione, il debitore, il creditore, la quantità del credito, e il fondo ipotecato non sono stati ignorati. Il signor Hua à esposti con molta esattezza i mezzi atti a rimediare a siffatti inconvenienti, e gli si deve rendere giustizia dicendo che le sue osservazioni, attesa la impressione che fecero

sull' animo de' magistrati, concorsero a far sorgere sagge modificazioni, arrecate da una seconda giurisprudenza, alla prima che si era formata. Veggasi il mio trattato numero 74 e seguenti. Possiam dire che questi casi si annoverano fra quelli su i quali la giurisprudenza può esercitare il suo impero, poichè sono i più capaci d' interpetrazioni. Non di meno se la legge dovesse soggettarsi a revisione, potrebbe il legislatore prescrivervi delle regole più precise, e la giurisprudenza attuale offrirebbe i mezzi per migliorarla.

§. 4.°

Dee, o no criticarsi la necessità impòsta dall' articolo 2184 ✳ 2083 del Codice civile ad ogni acquirente che volesse purgare il fondo, di pagar tutt' i debiti esigibili od inesigibili, anzicchè fargli godere i termini accordati al debitore, giusta l' articolo 30 della legge di novembre?

Molti hanno mostrato del dispiacere nel veder sostituito l' articolo 2184 ✳ 2083 del Codice civile alla disposizione contenuta nella legge di novembre. La facoltà di liberarsi dai pagamenti con lunghe dilazioni, o di supplirvi colla prestazione d' una rendita, facilita, dicon essi, gli acquisti, e si volge in vantaggio di colui ch' è stato obbligato di vendere, poichè ciò suole ordinariamente provocare un rialzamento di prezzo. Quindi, soggiungono, l' abolizione dell' articolo 30 della legge di novembre, col quale era prescritto che l' acquirente, malgrado la trascrizione e purgazione dalle ipoteche, avesse potuto liberarsi nel modo stesso che se ne sarebbe liberato il venditore, à sovente prodotto pessimi effetti.

I critici, ritornando ai principj della legge di novembre, vi vedrebbero un vantaggio pei debitori oberati senza punto diminuirsi il pegno del creditore, che rimarrebbe nel luogo ove le antiche convenzioni lo àn messo e dal quale sarebbe un'ingiustizia il ritrarnelo. Il creditore conserverebbe sempre i suoi vantaggi; la sua ipoteca continuerebbe a rimaner fissa su i fondi che n'eran gravati; in fine non solamente ei conserverebbe la sua azion personale contro al venditore, ma ne acquisterebbe un' altro contro colui che compra.

Il venditore è il solo che potrebbe risentirsi del permesso accordato da lui all' acquirente, di profittare delle circostanze vantaggiose nelle quali ei si trova in ordine ai termini del pagamento, o alla inesigibilità de'creditori, mentre, malgrado della vendita, egli riman sempre obbligato a fronte de' creditori. Ma se ciò è del suo interesse, perchè impedirglielo?

Finalmente i sostenitori di questa opinione potrebbero fondarsi sull' avviso di uno de' più giudiziosi, ed istruiti giureconsulti del sedicesimo secolo; il quale parla di un caso medesimo dell' antico decreto, e ch'è quello precisamente in cui si elevano le più gravi difficoltà. Non credo far cosa inutile riferendone le precise parole.

Dopo di avere esaminata la quistione sotto tutt' i rapporti, dimostra non esservi alcuna ragione per far nascere dal decreto la necessità della redenzione delle rendite; e che la parte sequestrata vi à sola un interesse, e non il creditor della rendita, *giacchè questo invece di uno avrebbe a sè due obbligati.* Osserva ancora che quantunque al suo tempo la necessità della redenzione, giusta il decreto, si fosse praticata, *pure ciò avveniva per mancanza di riflessione. Ora tale mancanza di riflessione non deriva forse del non aver cono-*

sciuta da vicino la causa di questa redenzione forzosa?

Conchiude a questo modo: » Ma ora principal-
» mente che la moneta è rara, e che molti aumen-
» terebbero volentieri il valor de' fondi aggiudicati
» se pensassero che coll'aggiudicazione ne forme-
» rebbero delle rendite, io credo che sia un buon
» espediente pei poveri debitori, onde vendere a
» miglior ragione i loro fondi, di presentar di-
» manda, perchè fosse lecito agli aggiudicatarj di
» continuare il pagamento delle rendite, di cui essi
» rimarrebbero sempre obbligati; dichiarando esser
» contenti di indennizzarsi su i beni degli aggiu-
» dicatari, nel caso che fosser molestati dai cre-
» ditori a cagion della rendita; *il che, a mio*
» *credere, non potrebbe denegarsi senza ingiu-*
» *stizia.* (1).

Ma ad onta di tutti questi ragionamenti che ò visti sostener con molta alacrità, io son di avviso, che si debba lasciar sussistere il principio ammesso dalla legge attuale. Secondo un' antica giurisprudenza, il decreto forzoso, il decreto volontario dava luogo alla soddisfazione di tutt' i debiti esigibili a termine, ed anche dei capitali delle rendite. Questa medesima giurisprudenza durò fin sotto l' impero dell' editto del 1771. rapporto all'effetto delle lettere di ratifica, e fu il risultamento di numerose difficoltà, che l' esperienza aveva fatte conoscere, dopo di che la opinione isolata di Loyseau non era stata ammessa.

Questa opinione non avrebbe potuto esser messa in pratica nel caso in cui il fondo venduto fosse stato affetto dalla sola ipoteca relativa al credito

---

(1) Loyseau, du déguerpissement, chap. 9. num. 4. 5. 6. 7. e suiv.

inesigibile. Ma tranne questo caso, e nel concorso di crediti esigibili ed inesigibili, le difficoltà sorgevano sotto mille rapporti. I creditori di crediti a termine, o di rendite, anteriori in grado d'ipoteca, avrebber potuto vedere di buon occhio che creditori posteriori sì, ma di crediti esigibili, fosser soddisfatti prima dal prezzo del fondo venduto? Quanti rischi avrebbero dovuto corrersi, quante misure prendersi per assicurare il ricupero di crediti inesigibili?

D'altronde, per questa parte, il ritorno ai principj della legge di novembre, implicherebbe contraddizioni manifeste. Ogni sistema ipotecario si propone di staccar le ipoteche dai fondi e di convertirle in azioni sul prezzo. Ora, questa regola dev'esser generale; l'effetto della trascrizione, e liberazione dalle ipoteche dev'esser uno ed indivisibile riguardo a tutt'i creditori iscritti, senza di che potrebbe dirsi, con più fondamento di quel ch'altri abbia detto in diversa occasione, che ciò sarebbe moltiplicar le eccezioni, e le difficoltà.

Finalmente in questa materia d'ordinario si ricade in uno dei due casi previsti dagli art. 1912 e 1913 * 1784 e 1785 del Codice civile. Essi prescrivono che il capitale di una rendita costituita o perpetua diviene esigibile se il debitore tralascia di dare al creditore le cautele promesse nel contratto, e se vi è caso di fallimento, o di prossima decozione. Ammettere l'idea ch'io ò creduto dover combattere, sarebbe un distruggere la concordanza che deve necessariamente esistere fra il sistema ipotecario, e le altre parti della legislazione.

Il voler portare una pretesa perfezione sopra un punto solo, diviene un germe d'infiniti litigi ed inviluppi.

§. 5.°

Osservazioni del modo col quale debbon decidersi le quistioni in questa materia.

È difficile che non vi siano divergenze di opinioni, soprattutto in giurisprudenza, ove vasto è il campo che si apre alle interpetrazioni. Non di meno, in fatto d'ipoteche, potrebbe mettersi qualche limite a siffatta divergenza, tenendosi ad una regola che pare incontrastabile. Questa regola è che essendovi dubbio sul modo d'intender la legge, il dubbio sia risoluto a favore della pubblicità, come quella ch'è interamente nello spirito della legge, che n'è il sistema e ne forma la base fondamentale. È chiaro che si rischia molto meno di smarrirsi. Inclinando alla pubblicità, si decide a favore de' terzi, ed è fuor di dubbio che nelle mire del legislatore l'interesse pubblico a questo riguardo sta nell'interesse dei terzi. Trascurandosi il sistema della pubblicità, si può incorrere nell'inconveniente di proteggere principalmente interessi particolari, che per certo non formano l'interesse pubblico, e che debbono solo coordinarsi con quello che il legislatore à disposto per la sicurezza generale. L'esperienza insegna quanto è importante, per la certezza delle opinioni di esser penetrato da questa idea (1).

(1) Una tale osservazione è possibile che si applichi alla controversia, se le ripetizioni parafernali delle mogli vadano, o no esenti dalla formalità della iscrizione: non posso dissimulare che la controversia presenta dubbj seriissimi. Devo qui fare un' osservazione. Questo discorso era già composto; l'impressione del secondo volume del presente trattato era quasi al suo termine, quando da alcuni

§. 6.

Serie delle imperfezioni più manifeste dell'attuale legislazione ipotecaria.

Queste imperfezioni non han che fare, come può giudicarsi, colle censure dirette da lungo tempo contro all'attuale legislazione, e che han formato l'oggetto di quel che finora si è detto. Queste imperfezioni non riguardano le basi fondamentali dell' attuale legislazione. Si possono togliere, facendo sussistere il sistema col quale essa è stata concepita. Io ricorderò queste imperfezioni, ed indicherò il numero di questo trattato, ove sono discusse in modo da formarsene un' idea precisa. O' creduto che una tale esposizione concorrerebbe a dare nozioni anche più utili sull'insieme della legislazione ipotecaria, ch'è l'oggetto del presente discorso.

I. Coll' articolo 2130 ✱ 2016 del Codice civile

---

giornali venne annunziato, che con un arresto del 10 giugno 1822, la Corte di cassazione avea giudicato che l'ipoteca della moglie per le ripetizioni estradotali erano esenti dall' iscrizione, al pari che la dote stessa. Si legge sotto al numero 229 di questo trattato una dissertazione su quest' oggetto, che si lega a quello ch' è stato detto nei numeri 227 e 228. O' creduto dovermi decidere per la opinione che obbliga la moglie ad iscrivere per le competenze estradotali, e ne la esenta solo per la dote e competenze matrimoniali. La corte reale di Riom, nella prima camera, à resa una decisione su questi principj, il 4 marzo 1822. È rapportata nel numero 230 del trattato. Nel momento in cui scrivo questa nota l' arresto della Corte di cassazione non è ancor conosciuto; ma solo annunziato. Conviene aspettar che la giurisprudenza divenga positiva su questa importante controversia.

si dice: « Se i beni presenti e liberi del debitore » sono insufficienti per cautelare il credito, può egli, » esprimendo tale insufficienza, acconsentire che » ciascuno dei beni che acquisterà nell'avvenire, » resti ipotecato a misura degli acquisti. » Giusta l'opinion generale, è costante che la iscrizione per parte del creditore è necessaria su i beni *futuri* de' quali la legge permette l'ipoteca, a misura che il debitore ne acquista la proprietà per via di compre, o altrimenti.

Ma egli difficilmente profitterà di questo dritto accordatogli dalla legge, se non gli accorda pure un termine a contar dall'epoca dell'acquisto dei beni fatto dal debitore, affinchè possa prendere iscrizione, e durante quel termine non si proibisca ad altri creditori di addentarli in di lui pregiudizio. Questo creditore non può sempre spiare il momento in cui, i beni ipotecatiglisi per convenzione divengono di proprietà del suo debitore. L'editto del 1673 del quale si è fatta parola nel §. 1.° accordava coll'art. 27 al creditore, in un caso simile, un termine per far registrare la sua opposizione, che tenea luogo dell'attuale iscrizione, a contar dal giorno dell'acquisto o pervenienza dei beni. *Veggasi il numero 62.*

II. In materia di spropriazione forzata, è importantissimo il fissare l'epoca in cui la iscrizione à il suo effetto legale, talche diviene inutile il rinnovarla dopo di tale epoca. Questo effetto è prodotto al momento dell'aggiudicazione, o solo all'epoca dell'apertura del giudizio di ordine? La legge tace. La quistione si è presentata mille volte. Le opinioni si son divise. La Corte di cassazione non ancora à pronunziato. Tutto indica che dopo l'aggiudicazione sia inutile il rinnovar la iscrizione. Non si potrebbe pretendere se non con dispiacere che si anticipino le spese della nuova iscrizione,

sopra tutto senza necessità. Questa difficoltà dee richiamar l'attenzione del legislatore. *Veggansi i numeri 108, 109 e 110.*

III. Secondo l'art. 2146 ✳ 2040 del Codice civile l'iscrizione è nulla se siasi presa dopo aperta la successione, nel caso che l'eredità sia stata accettata col benefizio dell'inventario. Questa disposizione che sembra riguardar le successioni aperte in favor de' maggiori, deve applicarsi a quelle ricadute ai minori? Quando una successione si apre in favor di questi, l'art. 461 ✳ 384 prescrive che non possa altrimenti essere accettata che col benefizio della legge e dell'inventario, tranne se il tutore sia stato autorizzato a ripudiarla. Quando il ripudio non è autorizzato, e se fin d'allora l'accettazione è permessa, non può dirsi che l'eredità debba riputarsi nello stato d'insolvibilità e di decozione, stato donde deriva il principio della nullità della iscrizione. La iscrizione adunque su i beni d'una eredità aperta in favor de' minori, deve in questo caso essere autorizzata. Nondimeno molta è l'incertezza, e la divergenza delle opinioni a questo proposito. Questo punto richiama anch' esso l'attenzion del legislatore. È importante di non dar luogo, sopra tutto senza bisogno, alla impossibilità di prendere iscrizione per parte dei creditori, e di non moltiplicar le nullità delle ipoteche. *Veggasi il numero 122.*

IV. È già molto tempo che la legislazione, e giurisprudenza presentano delle grandi varietà in ordine all' autorità che aver debbono in Francia i giudizi resi in paese straniero tra un abitante di quel paese ed un francese tanto sotto al rapporto della esecuzione che della ipoteca. A termini dell' attuale legislazione, sembra che la facoltà di far riesaminare siffatti giudizj inanzi ad un tribunale francese, appartenga rispettivamente allo stra-

niero ed al francese, mentre prima questa facoltà era accordatà al solo francese ch'era stato condannato.

Questo stato di cose presenta inconvenienti seriissimi, anche per quei francesi, le cui dimande meritarono di essere accolte da sentenze rese in paese straniero. Non sarebbe forse degno di una saggia legislazione il rendere stabili i giudizi resi in paese straniero, per ciò che concerne la controversia giudicata, salvo le misure semplicissime da prendersi onde stabilire un modo di esecuzione di tai giudicati in Francia, ed attribuir loro l'ipoteca su i beni siti nel territorio francese? Ho creduto dover sottoporre al legislatore alcune riflessioni morali e politiche a questo riguardo. *Veggasi al num. 222.*

V. La esenzione dalla iscrizione accordata alle ipoteche legali delle mogli e dei minori, dovrebbe cessare allorchè le mogli rimangono vedove, e i minori si fan maggiori. Converrebbe dir lo stesso dei loro eredi. L' effetto dee cessar colla causa. Non di meno per un avviso del Consiglio di Stato del dì 8 maggio 1812, dovendosi in tutt'i casi liberare un fondo dalle ipoteche, si debbono osservare realmente le stesse formalità, come se si trattasse di purgarlo dalle ipoteche legali di una moglie ancora vivente, ed in costanza di matrimonio, o di minori che ancor trovansi nei vincoli della minore età. Le stesse formalità si osservano pure riguardo agli eredi delle mogli, o de' minori. È facile il ravvisare che queste formalità, divengono in tutt'i casi, ed anche secondo lo spirito della legge, assolutamente inutili e prive di oggetto, e sono dispendiosissime. La stessa idea della loro inutilità, in tali circostanze, dà luogo a spiacevoli sorprese contro ai terzi possessori. Una riforma dunque per questa parte è indispensabile. *Veggasi al numero 245.*

VI. È dubbio, di soluzion difficilissima, il sapere se il terzo possessore che non vuol purgare il fondo e che preferisce al pagamento del credito il rilasciarlo, abbia, oppur no, il dritto di ritenzione per le migliorie in esso fatte, o se invece abbia un semplice dritto di credito pel quale dee concorrere nel giudizio d' ordine. Le opinioni sono diverse. Il bisogno di una spiegazion legislativa fa vivamente sentirsi. Le opinioni posson fissarsi con una leggiera aggiunzione all' art. 2175 ✳ 2069 del Codice civile. *Veggasi il num. 136 e 137.*

VII. Eccoci ad una parte della legislazione, per la quale la necessità d' un miglioramento è più sensibile. Trattasi della pubblicità degli atti traslativi di proprietà riguardo a' creditori che debbono esercitar la loro ipoteca, o il loro privilegio, dopo la conoscenza avuta di questi atti.

Vi è un doppio modo di render pubblici questi atti di alienazione de' fondi, mentre basterebbe un solo per ottener l' oggetto medesimo. La trascrizione del contratto di alienazione su i registri del conservatore delle ipoteche, è necessaria in quanto alle ipoteche ordinarie, articolo 2181 ✳ 2075. Il semplice deposito della copia del contratto nella cancelleria del tribunale, e l' estratto affisso nella sala d' udienza, senza trascrizion preventiva, sono particolarmente prescritti per le ipoteche legali, art. 2194 ✳ 2094. Più. Vi sono dei casi ne' quali l' uno o l' altro modo di render pubblici i contratti di alienazione, sono cumulativamente indispensabili. Di là le gravi difficoltà sopra molte parti del sistema ipotecario che di giorno in giorno divengono motivi di serie quistioni nei tribunali.

E da prima, breve è il termine di quindici giorni entro cui i creditori deggiono iscrivere i loro crediti, a contar dalla trascrizione del contratto di

alienazione sui registri del conservatore. Questa brevità divien più manifesta, ove si rifletta che la trascrizione è un atto meramente materiale, che riman nascosto nei registri del conservatore.

In ordine alle ipoteche legali, vi son delle lacune nella legge. Si è rimasto alla pubblicità dell'atto traslativo di proprietà risultante dall'affisso nella sala delle udienze; e si è obbliato di spiegar l'effetto del silenzio de' creditori con ipoteche legali. Questo affisso basta per provocar gl' incanti e le iscrizioni, nei due mesi dall'affissione? È stato necessario di decidersi ricorrendo a penose interpretazioni ed analogie. La iscrizione per queste ipoteche legali deve aver luogo; ma si può credere che la mancanza della iscrizione giovi solo al nuovo proprietario, in questo senso, che il fondo riman presso di lui, libero dalle ipoteche legali, e resta il dubbio se la mancanza d'iscrizione dai due mesi dall' affisso, giova ai creditori, valquanto dire, se ad onta della mancanza d'iscrizione da farsi in questo termine, possono i creditori con ipoteche legali concorrere cogli altri creditori nel giudizio di ordine. La controversia è stata recentemente decisa contra la moglie che avea trascurato di prendere iscrizione, con un arresto della Corte di cassazione del 21 novembre 1821, ma solamente nel caso di una spropriazione forzata, e sussiste tuttavia per gli altri casi.

In fine vi sono de' privilegj come quelli enumerati nell'articolo 2101 * 1970, che sono esenti da iscrizione, articolo 2107 * 1993. Sono gli stessi gl'imbarazzi de'nuovi proprietarj onde provocar le iscrizioni e gl'incanti per parte de'loro creditori e determinar l'effetto della mancanza d'iscrizione riguardo agli altri creditori, quando si viene al giudizio d'ordine. Senza dubbio, convien sormontar questi ostacoli; ma quanti sforzi penosi e di dubbi eventi

non avrebbe dovuto il legislatore risparmiare ai magistrati?

Penetrato così come io era de' gravi inconvenienti che derivano da queste lacune, ò creduto poter sottoporre al legislatore alcune mie vedute sopra un modo uniforme di pubblicità, che in un termine fisso dovrebbe esser seguito dalle iscrizioni di tutt' i creditori indistintamente, ed anche dagl' incanti. Questa idea è attinta dall'editto del 1771 di cui si scorge un' imitazione nell' articolo 2194 * 2094.

Si può profittare di ciò che prescrivea questo editto per la pubblicità dell' atto di alienazione, senza che si deroghi al principio fondamentale della pubblicità dell' ipoteca.

Queste mie vedute si troveranno nella seconda parte al numero 352. Tutte le difficoltà che fanno desiderare un metodo uniforme per conoscere l' atto di alienazione, sono annunziate in altre parti del trattato, e specialmente nei numeri 266 457 e 490.

VIII. Eccomi finalmente ad un altro oggetto di riforma della più alta importanza. Desterà maraviglia il sentire che sotto un sistema ipotecario vi sian privilegj ed ipoteche che non possono esser purgati. Non di meno ciò à luogo riguardo al privilegio pel prezzo della vendita dei fondi, meno forse per una conseguenza della nostra legislazione, che per una giurisprudenza introdotta. Che il venditore prenda o non prenda iscrizione pel prezzo della vendita, ei può sempre, per la mancanza del pagamento di siffatto prezzo, sia qualunque lo stato delle cose, domandare la risoluzion della vendita, e rivendicare il fondo venduto. Da ciò deriva che un acquirente si niega di sborsare il prezzo, ammeno che non gli si presentino le quietanze delle antiche vendite, il che può risalire a quaranta, a cinquanta e più anni indietro. I venditori sperimentano in que-

sto caso i più gravi inconvenienti, soprattutto quelli delle infime classi, presso i quali i titoli di proprietà e le quietanze non soglion conservarsi con molta diligenza. Alcune misure divengono indispensabili per conciliare gl'interessi degli acquirenti con quelli dei venditori; veggasi ciò che si dice nel numero 382. Le misure da prendersi a questo proposito si riattaccano alle vedute da me indicate nel numero 352 sul bisogno di un metodo uniforme di pubblicità per gli atti traslativi di proprietà.

Vi son certamente altre disposizioni nella legge nelle quali vi à qualche imperfezione. Esse potran conoscersi nel corso del trattato: in questo discorso mi limito a ricordare le più importanti.

È possibile che nell'opera vi siano delle lungherie su di alcuni punti. Ma devo dire che la materia è di sua natura astrattissima e complicata. Aggiungerò, ch'avevo cercato di rendere qualche parte più breve, conservando il lavoro più esteso da me fatto. Nei luoghi trattati con maggior laconismo, io mi era spiegato dietro i dati ch'io supponeva generalmente conosciuti, e tendeva per quanto era in me, al merito della concisione, che accresce sempre il pregio di un'opera. Ma una persona istruita, da me pregata perchè leggesse una parte ove io mi era studiato di esser rapido e conciso, mi confessò candidamente, che non ne intendeva nulla: avendo però in seguito letto ciò ch'io aveva precedentemente composto sulla stessa materia con maggior estensione, e ch'io stesso aveva rigettato, mi assicurò, e mi dimostrò ch'egli intendeva perfettamente tutto quello ch'io dicea; e quindi mi consigliò a dar la preferenza alla mia prima redazione. Ciò mi è avvenuto nella sezione seconda del capo primo della 2.ª parte, ove vi sono delle dissertazioni sopra oggetti, su i quali per

farsi intendere fa d'uopo di moltissima cura. Già si sà che ò dovuto attenermi al consiglio datomi. Ciò non ostante può stare ch' io abbia abusato un po'troppo di questa circostanza, affin di evitare qualche volta la pena di esser più breve, e di non impiegarvi tutto il tempo necessario.

Se si desiderasse ch' io avessi trattato un maggior numero di quistioni, specialmente riguardo alla spropriazione forzata, potrei dire che ò dovuto limitarmi ad esaminar quel che mi è sembrato il più essenziale sul dritto ipotecario propriamente detto; che io do al pubblico un *Trattato delle ipoteche* e non già un *Trattato di spropriazione forzata*, la quale è una cosa tutta diversa; che nulla ostante anche su questa materia ho discusso importanti quistioni.

Ho fatto di tutto perchè quest' opera fosse utile: tocca al pubblico di giudicare se ò adempito il mio scopo. Oso però lusingarmi ch' essa potrà sempre servire perchè ne sia fatta una migliore.

FINE DEL DISCORSO PRELIMINARE.

TRATTATO

DELLE

IPOTECHE.

(Divisione dell' opera in due parti.)

1. Dividerò quest'opera in due parti. Nella prima parlerò delle differenti specie d' ipoteche, del modo come si costituiscono e si conservano, e come possono modificarsi e ridursi. Tratterò pure de' privilegj su i mobili.

Nella seconda parlerò dei mezzi onde liberare i fondi dalle ipoteche e dai privilegj, sia che trattisi di vendita volontaria seguita da trascrizione, sia che trattisi di spropriazione forzata seguita da aggiudicazione. Si troverà pure il modo con cui si estinguono i privilegj e le ipoteche, astrazion fatta dai mezzi di purgarli.

PRIMA PARTE.

De--e diverse specie d'ipoteche; del come - costituiscono, si conservano e si modificano. Dei privilegj su i mobili.

(Divisione della prima pa

2. Dividerò ciò che devo dire in questa prima p quattro capi. Mi occuperò

1.° Dell' ipoteca convenzionale;

2.° Della giudiziaria,
3.° Delle ipoteche legali,
4.° Dei privilegj su i mobili.

Quel ch' io debbo dire intorno ai privilegj sugl' immobili, lo sarà nella seconda parte, e ne tratterò in seguito de' principj generali sulla trascrizione. Questo metodo, oltre al facilitar l' intelligenza de' principj da svilupparsi, eviterà pure le ripetizioni (1).

---

(1) Non bisogna meravigliarsi se in questo trattato io non serbo, sulla natura delle ipoteche, l' ordine stesso del Codice civile. Ivi è detto, in una division generale, articolo 2116 ✳ 2002 che l' ipoteca è *legale*, *giudiziaria*, o *convenzionale*. La legge ordina: un trattato insegna. Sotto questi due rapporti l' ordine non può nè deve essere il medesimo.

L' ipoteca convenzionale riguarda tutt'i contratti, e tutte le transazioni sociali. Certamente è di un uso frequentissimo. I suoi principj son principj generali. Nell' ipoteca legale si è quasi sempre soggetto ai principj dell' ipoteca convenzionale. L' impero di questi principj manca solo per far luogo ad eccezioni o modificazioni. Se la ipoteca legale nasce senza il soccorso della convenzione, ossia della stipulazione scritta, perchè la legge supplisce alla convenzione, o stipulazione, riman sempre vero ch' essa non può mai esistere, tranne che non sia preceduta da qualche atto solenne ed autentico, la cui verità non può rivocarsi in dubbio nella società.

Quel ch' io dico per l' ipoteca legale calza del pari per l' ipoteca giudiziaria, che deriva da una obbligazione forzata per rimpiazzare una obbligazione che avrebbe dovuto essere volontaria. La stessa applicazione va fatta coi privilegj che in sostanza sono ipoteche favorite, o privilegiate. La causa che le fa nascere attribuisce loro questa prerogativa. Essa le libera dall' impero del tempo che fissa il grado delle ipoteche ordinarie. I privilegj derivano *ex [illegible]a, non ex tempore*. Ma i principj coi quali si [illegible]ser- [illegible] si riferiscono più o meno ai principj general[illegible] [illegible]de si può dire, che l' ipoteca legale, la gi[illegible]

CAPO PRIMO.

DELL' IPOTECA CONVENZIONALE.

(Tre specie principali d' ipoteche.)

3. Tanto nel dritto romano, quanto nel nostro dritto francese che da quello deriva, si son conosciute tre specie generali d' ipoteche, la convenzionale, la giudiziaria, e la legale. In quanto all'ipoteca giudiziaria, ben si vede che, quantunque non si abbia il vantaggio di una stipulazione d' ipoteca nascente da un contratto, pure si può esser creditore, ed ottener dai tribunali una condanna che supplisce alla mancanza di convenzione, o che ordina la esecuzione di una convenzione non autentica, e per questo stesso non attributiva d'ipoteca. Relativamente all' ipoteca legale, ben si vede ancora che nella società civile vi sono atti infinitamente importanti, che senza essere accompagnati da convenzioni e contratti, pure, per loro indole, producono delle obbligazioni; e spesso

ziaria, ed anche i privilegj, rispettivamente all' ipoteca convenzionale, sono come le eccezioni alla regola, e che riguardo all'ipoteca che mette il suggello alle obbligazioni in generale, e ne assicura l' effetto, sono come le specie al genere. Ora, l' eccezioni s' intendono meglio quando la regola è conosciuta. Allorchè si arriva alle eccezioni partendo da principj sviluppati, lo spirito si è già preparato a formarsi idee giuste della natura, e dell'oggetto di queste eccezioni, ed allora si evitano le ripetizioni. Quelli che leggeran di seguito questo trattato, saran convinti della verità di ciò ch' io dico.

queste son le obbligazioni che meritano di essere vieppiù protette. In questo caso egli è giusto che la ipoteca, per la sicurezza di tali impegni, sia l'opera stessa della legge. *Causa efficiens pignoris*, ci dicono le leggi romane, *est aut voluntas hominum, aut lex, aut magistratus*.

(Definizione dell' ipoteca.)

4. È qui che mi convien dare una definizione dell' ipoteca; e debbo darla pria di trattar delle diverse ipoteche particolarmente, poichè questa definizione è comune a tutte. Importa moltissimo di fissarla con esattezza. Ed effettivamente si scorgerà nel prosieguo che la soluzion di parecchie controversie, deriva dall' esattezza della definizione.

Onde avere una definizione esatta e compiuta dell' ipoteca, secondo il dritto romano, bisogna attingerla parzialmente da molte leggi; poichè non si trova tutta intera in alcuna di esse. Neguzanzio, giureconsulto italiano, che, nel sedicesimo secolo, compose un trattato riputatissimo su questa materia, e specialmente secondo i principj del dritto romano, intitolato: *De pignoribus et hypothecis*, à estratto da diverse leggi dello stesso dritto una definizione d' una incontrastabile esattezza. Eccone le parole (1.° num. della prima parte num. 3.°) ***Et quia hypotheca constituitur desuper rebus, ideo dicitur, jus in re, seu jus reale vel actio realis, quia per illum non obligatur persona debitoris, sed res, et sequitur fundum et datur contra possessionem.*** Il fondamento di questa definizione trovasi nella legge *Eos* del Cod. *qui pot. in pign. hab.* nella legge *Pignoris*, anche del Cod. *de pign.* nella legge *Pignoris* ff. sotto lo stesso titolo *de pign.* nelle Istituzioni *de act.* §. *item, serviana*, e nella legge *si fundus* §. *in vindicatione*, *ff. de pign.*

Basnage, nel suo *Traité des hypothèques* ch.6., seguendo due delle leggi sopraindicate, avea ridotta la definizione dell' ipoteca a questi termini: *Jus reale quod fundum sequitur adversus quemcumque possessorem.* Questa definizione si avvicina a quella di Neguzanzio, ma non è così perfetta, nè somministra idee così utili ed estese per la decisione di molte controversie. Ma in seguito egli dice dell' ipoteca quello che non è inutile affatto di riferire, cioè, *ch' essendo una volta validamente convenuta, essa affligge talmente i fondi, che il debitore non può più impegnarli, in pregiudizio del primo creditore ipotecario.* Pothier nell' introduzione al titolo 20 della costumanza di Orleans num. 1.° e 22. dice che l' ipoteca *è un dritto nella cosa*; ch' è il *jus in re.* Tutte queste definizioni ritornano a quella contenuta nell' articolo 2114. ✳ 2000 del Cod. civile, che anzi l' han preparata. « L' ipoteca è un dritto reale costituito » sugl' immobili ad effetto di soddisfare un' obbli» gazione.... È inerente ai beni, ancorchè passino » in altre mani. »

Convien dunque diffidare di molte altre definizioni d' ipoteca, ed anche di quelle che trovansi in alcune leggi romane, secondo le quali, sotto la denominazione d' *ipoteca* comprendevansi pure i fondi che n' erano affetti. L' ipoteca è definita così nelle leggi romane: *res obligationi supposita*; e si vede che Cicerone in una delle sue lettere impiega in questo senso la parola *ipoteca*, come ò avuto motivo di far osservare nel mio discorso preliminare §. 1.° La definizione da me esposta, è la sola che presenti la vera eccezion legale sotto la quale deve intendersi la *ipoteca*; come la sola propria per la deduzione de' principj.

Vi è da dir qualche cosa di più sull' ipoteca a causa della specialità, e della iscrizione che son

richieste dalla nostra legislazione. Ma l'ipoteca non lascia perciò di esistere nel modo da me esposto. La specialità è una modificazione dell'applicazion dell'ipoteca, che può essere più o meno estesa a seconda della volontà delle parti contraenti, e la iscrizione è una formalità estrinseca, atta a render la ipoteca efficace a fronte dei terzi. Ecco quel ch'io spiegherò parlando della specialità e della iscrizione. (1)

---

(1) La parola *pignus* è spesso usata nel dritto romano, nello stesso senso nel quale è usata la parola *hypotheca*. I libri del Digesto e del Codice relativi a ciò sono intitolati, *de pignoribus et hypothecis*; e nella legge 5. ff. de *pign. et hypot.* §. 1.°, si legge: *Inter pignus autem, et hypothecam, tantum nominis sonus differt.* Non di meno la parola *pignus* si applicava particolarmente al caso della tradizione dell'oggetto dato in pegno dal debitore al creditore, specialmente se si trattava di un mobile; e la parola *hypotheca* esprimea più propriamente il pegno della cosa in forza del patto o della nuda convenzione, senza la tradizione, quando ciò potea farsi pel dritto romano, novello, il quale derogò alle antiche consuetudini di cui ho fatto parola nel discorso preliminare. Nel dritto francese la parola *pignus* si traduce con quella di *nantissement*, sicurtà sopra beni mobili, e che, divenuto contratto, si chiama *pegno*, giusta l'articolo 2072 ✳ 1942 del Codice civile. Questa parola *pegno* è la traduzion letterale della parola latina *pignus*: se le parole *pignus* ed *hypotheca* sono state prese indistintamente nel dritto romano per esprimere ciò che noi intendiamo particolarmente per *ipoteca*, si può presumere che ciò derivò, perchè presso i romani, l'ipoteca propriamente detta, potea colpire i mobili, e gl'immobili; il che non è stato mai ammesso in Francia, o almeno nella maggior parte delle Costumanze, ove i soli immobili eran capaci d'ipoteca, ed ove la massima che *i mobili non risenton gli effetti dell'ipoteca*, fu generalmente ammessa.

Non vi è chi non sappia che la parola *hypotheca* i romani la presero dai greci. Il termine greco è composto da *sub*, e da *pono* e significa *suppono*r, *son soggetto*, in senso

5. Dopo la esposizione di questi primi elementi, mi occuperò della ipoteca convenzionale e de' suoi principali rapporti.

Tratterò, 1.° della forma dell' atto col quale si stipula l' ipoteca; della natura del credito in vigor del quale può stipularsi con efficacia; delle persone che possono stipularla su i proprj beni.

2.° Della necessità di determinar l' ipoteca sopra un fondo, per mezzo della specialità, e della necessità di renderla pubblica, per mezzo della iscrizione.

3.° Degli oggetti che sono, o non sono capaci d' ipoteca, della sua indivisibilità, e della solidalità che ne risulta.

Tutti questi assunti saran discussi in tre sezioni particolari.

SEZIONE PRIMA.

Della forma dell' atto col quale si stipula l' ipoteca. Delle cenvenzioni nelle quali vi è o non vi è un' ipoteca acquisita, che dia luogo alla iscrizione. Delle persone che posson dare ipoteca.

§. 1.°

Forma dell' atto col quale si stipula l' ipoteca.

(In che si fondava l' ipoteca in Roma ed in Francia. Formalità dell' atto costitutivo d' ipoteca in Francia.)

6. Conoscere il mezzo come dare esistenza all' ipo-

passivo. *Trévoux, dictionnaire,* parola *hypotheca.* Si è voluta render l' idea di una cosa soggetta ad un obbligazione. *Quasi dicas supposita, subjecta obligationi, et obstricta.* HOTMAN. *Comm. verb. jur.* verbo *hypotheca.*

teca, sotto al rapporto delle forme, è cosa essenzialissima.

In Francia l'ipoteca aveva un fondamento più solido di quel che l'avesse presso i romani. Nel loro dritto l'ipoteca dipendeva da impegni molto fragili: la legge *4. ff. de pign. et hypoth.* insegna, il che a stento può ora concepirsi, che l'ipoteca poteva stabilirsi sopra un semplice consenso verbale, purchè potesse esser provata per mezzo di testimonj, il che era un avanzo della semplicità, e buona fede degli antichi tempi. Si ricorreva alla scrittura per avere una pruova più sicura, e per inutilizzare la pruova testimoniale che lo era meno. Quest'è che fece dire a Bartolo, ed a Dionigi Gotofredo su questa legge: *Scriptura non est de substantia contractus hypothecarii, sed magis fit ad probandum.* La legge 34. dello stesso titolo del Digesto prescriveva che l'ipoteca potea convenirsi con un assente e per via di lettere.

Ma questo modo di provar l'ipoteca era evidentemente mal fido. Si credè rimediarvisi imponendo la necessità di stabilir le ipoteche convenzionali, o con atti pubblici, initi innanzi notajo, o con atti sotto firma privata, fatti innanzi a testimonj, che sapessero scrivere il cui numero non poteva esser meno di tre, e che dovevan esser conosciuti, e degni di fede. Tale è la disposizione della *legge 11.ª del Codice: qui potiores in pignore habeantur.* Questo risulta ancora dalla legge novella 73., e Gotofredo sulla legge 11.ª del *Cod. qui potiores* ec... ne dà una ragione semplicissima, che uno scritto, cioè, il quale emana dal fatto solo del debitore, non prova nulla contra i terzi.

Ma non per questo si deve conchiudere che l'autore credesse sufficiente un tale modo di costituir l'ipoteca. Egli si esprimea nel senso del dritto romano che comentava, e volea far conoscere.

Molto prima ed anche dopo dell'epoca nella quale egli scrivea, si è costantemente osservato in Francia che l'ipoteca non poteva rifultare da altri atti che dagli autentici, come quelli rogati per man di notajo, o quelli sotto firma privata, purchè questi ultimi fossero stati volontariamente riconosciuti in tribunale, o innanzi notajo, sia in contraddizione, sia in contumacia. In quest' ultimo caso vi era autenticità, come ve n'è nelle condanne giudiziarie. E ciò che rese anche più stabili le ipoteche, escludendo i mezzi di commetter delle frodi coi cangiamenti di date, fu lo stabilimento di un riscontro di registro, o *controllo* il quale risale a circa due secoli. L'ipoteca non poteva essere attribuita se non ad un atto che poteva solamente essere opposto con una querela di falso. (1)

Questi principj sono stati ragionevolmente conservati dal Codice civile. Coll'articolo 2127 ✳ 2013.

---

(1) Per ben intendere la legislazione sotto l'impero della quale si vive, non dee trascurarsi la conoscenza delle antiche. Io credo dover osservare che in Francia vi era qualche eccezione a questa regola. In Normandia, per esempio, un atto sotto firma privata, produceva ipoteca, purch' era rivestito della formalità del riscontro, *o controllo*, stabilito coll'editto del 1606. ch' era una legge importante, e particolare a quella provincia, come lo insegna Basnage, avvocato al parlamento di Rouen *nel* Traité des hypotheques *pag. 135 e 139. edit. de 1702. in 12.* Potrebbe anche dirsi, seguendo questo autore, che ogni obbligazione, quantunque non riscontrata, *o registrata*, nè riconosciuta in giustizia, partoriva ipoteca dal giorno della morte di colui che l'avea contratta. Si partiva da questo principio, che se l'atto era vero, il che dipendea da una verifica ordinaria, che poteva farsi dopo la morte di colui che l'avea sottoscritto, era indubitato ch'era stato fatto prima della morte del debitore; e, stando a quest'epoca, era certo che non vi era antidata. Ma tali eccezioni eran talmente ristrette, che per costituire un'ipoteca vi voleva un atto autentico, per dritto comune e primitivo della Francia.

si dice che. » L' ipoteca convenzionale non può sta-
» bilirsi altrimenti, che con atto stipulato in forma
» autentica avanti a due notaj, o avanti ad un
» notajo, e due testimonj » e coll'articolo 2117. ✳ 2003, dando una definizione dell' ipoteca convenzionale, in opposizione a quella dell' ipoteca legale e giudiziaria, si è fatto conoscere che l' ipoteca convenzionale non risulta da ogni qualsivoglia convenzione, ma vi vuole dippiù che siffatta convenzione sia rivestita di quelle forme che rendono autentico un atto. » L' ipoteca convenzionale è
» quella che dipende dalle convenzioni, e dalla
» forma estrinseca degli atti e de' contratti. »

In ordine agli atti sotto firma privata, gli stessi principj relativi all' autenticità, son consecrati dall' articolo 2123 ✳ 2009. Dopo le sentenze che producono l' ipoteca, il legislatore non attribuisce lo stesso effetto agli atti obbligatorj sotto firma privata se non in quanto le firme che vi sono apposte, sono riconosciute o verificate in giudizio.

Io non mi occuperò qui dei risultamenti di questo articolo 2123 ✳ 2009. poich' esso riguarda l' ipoteca giudiziaria, che farà la materia del capo seguente, tal che ora non occorre parlare che dell' ipoteca puramente convenzionale.

Ritornando adunque su ciò che à rapporto a questa ipoteca, ben si prevede la conseguenza che fluisce dai principj pocanzi esposti. Val quanto dire che per la sua validità, l' atto con cui si stabilisce, e che dev' esser fatto per man di notajo, convien che sia rivestito di tutte le forme dalle leggi prescritte per gli atti notariali. Io non credo di dovere entrar nella spiegazione di tutte queste forme, comuni a tutti gli atti costitutivi di obbligazioni. Tale spiegazione starebbe meglio in un' opera che tratti delle obbligazioni in generale. Posso dunque per queste forme rinviare alle leggi e regolamen-

che le stabiliscono, e specialmente alla legge del 25 *ventose* anno 11 (18 marzo 1803.) che è un modello di legislazione in questo genere. (a) Ed in vero essa è la sola che dìa delle regole su questa importantissima parte del dritto. Se non si fosse riguardata come quella che contiene la legislazione sulle forme costitutive di obbligazioni, bisognava occuparsene in altre leggi, e specialmente nel Codice civile, che fu posteriormente redatto, e che serbò un perfetto silenzio su questo assunto. Quando il legislatore à detto nell' articolo 2127 ✳ 2013 del Codice civile che l' ipoteca convenzionale non può stabilirsi altrimenti che con atto stipulato in forma autentica, avanti due notaj, o avanti ad un notajo e due testimonj, è manifesto che à inteso riferire alle disposizioni di questa legge.

(Modificazioni fatte a queste formalità riguardo alla legge de' 25 *ventose* anno 11 (18 marzo 1803).)

7. Convien qui fare una osservazione in ordine ad una delle formalità stabilite dall'articolo 14 della stessa legge, sulla quale i giureconsulti e molte corti si sono ingannate, e dee convenirsi che tale inganno è degno di scusa. In quell' articolo si dice che gli atti debbono esser sottoscritti dalle parti, dai testimonj, e dai notaj, e che di ciò dee farsi menzione alla fine dell' atto. Da una simile redazione parea come se risultasse, che i notai dovean dire, non solo che le parti e testimonj avevan sottoscritto, ma che avevan sottoscritto essi medesimi; e l' articolo 68 dichiara la nullità dell'atto per la inosservanza delle formalità stabilite dall' articolo 14. Ma il Consiglio di stato emise un avviso

(a) Veggasi la nostra legge sul notariato del 23 novembre 1819, che non cede in nulla a quella di Francia.

motivato il dì 16. giugno 1810, approvato il dì 20, e che leggesi nel *Bullettino* delle leggi, con cui, interpetrando la legge dichiara, che la pena di nullità comminata dall'articolo 68, deve applicarsi ove non siasi fatta menzione della firma, sia delle parti, sia dei testimonj, e non già ove non siasi fatta menzione della firma del notajo che ha stipulato l'atto. Laonde, per questo avviso del Consiglio di stato, il difetto della menzione della firma del notajo in ogni atto qualunque, non mena a nullità; ma per lo stesso avviso l'atto è radicalmente viziato pel difetto della menzione della firma, sia delle parti sia de' testimonj.

(I contratti di matrimonio, per costituir ipoteca, debbono esser rogati come gli atti ordinarj, da due notaj, o da un notajo e due testimonj, non parenti in grado proibito.)

8. I contratti di matrimonio, che sogliono essere la sorgente di una moltitudine d'ipoteche, e sovente importantissime, atteso il loro grande interesse, perchè sian validi, debbono essere stipulati colle formalità prescritte per tutti gli altri contratti, uniformemente alle disposizioni della legge de' 25. *ventose* anno 11. (18 marzo 1803). Per il chè è impossibile di deferire alla opinion di coloro i quali pretendono che basti, perchè un contratto di matrimonio sia valido, l'essere stipulato da un sol notajo, specialmente se il fa alla presenza di molti parenti delle parti contraenti, qualunque siasi il grado di parentela tra questi parenti testimonj, e le parti, ed anche fra questi medesimi parenti testimonj, ed il notajo stipulatore. Siffatta quistione si è presentata alla Corte reale di Riom, e, dopo una viva discussione, è stata decisa in un modo ch'è utile di conoscere. (1)

---

(1) Nella mia prima edizione del *Traité des donations et testamens* io avea detto che le formalità prescritte dalla

Eccone la specie: io farò astrazione da tutto quello che si riferiva a quistioni diverse da quella di cui io mi occupo. Giovanni Sarailhes, della succession del quale trattavasi, aveva avuti molti figli. Marcantonio Sarailhes, uno di essi, aveva contratto matrimonio con Giovanna Roche, il 31. ottobre 1809. Col contratto di matrimonio, Giovanni Sarailhes donò a suo figlio, a titolo di anteparte, il quarto di tutt' i beni mobili ed immobili che avrebbe rimasti morendo. Fu costituito alla sposa un corredo di 13000 franchi, de'quali 2000 furon pagati,

legge del 16. marzo 1803 debbono essere osservate in tutti gli atti notariali indistintamente, ed anche nelle donazioni e testamenti, poichè questa legge era una regola generale stabilita per le forme di ogni qualunque atto; che non bisognava allontanarsene se non per quegli atti pei quali il Codice civile, od altra legge avesse stabilite particolari formalità, talchè ne risultasse una derogazione speciale alla legge del 18. marzo 1803, sia che questa derogazione producesse un accrescimento di forme, sia che ne risultasse una diminuzione. Questa proposizione mi sembrava così certa ch'io non credetti che potesse esser materia di controversia. Eppure avvenne diversamente. Vi furono decisioni contrarie di alcune corti. Ma l' opinione da me emessa fu confermata da un arresto della Corte di cassazione del 1.° ottobre 1810 ch' è interessante su questo proposito. Veggasi il mio Traité des donations *etc. 2.ª édit. tom. 1.r pag. 440.* Si comprende che può elevarsi il dubbio per le donazioni e testamenti, che sono atti d' un' indole particolare, pei quali il Codice ha prescritte formalità speciali; e si può credere che la legge del 18. marzo 1803 non riguardava se non le formalità relative agli altri atti. Ma pe' contratti di matrimonio non si vide senza sorpresa che se ne volevan formare una classe particolare di atti. Non di meno la discussione fu così viva, questa pretenzione fu sostenuta con mezzi così speciosi, che la decisione la quale vi pronunziò divenne importante. È per questa ragione ch' io ò creduto dover entrare nelle minute particolarità delle obbiezioni.

non allo sposo, ma al di lui padre Giovanni Sarailhes che ne fece quietanza, e che non sapeva scrivere. I capitoli furono stipulati da un sol notajo il signor Duprè. Di tutt' i testimonj del contratto il solo Teilhar poteva far da testimonio, a termini della legge de' 18 marzo 1803; poichè non era parente nè del notajo nè delle parti contraenti: tutti gli altri testimonj eran minori, fratelli, o cognati de' contraenti.

La divisione dell' eredità di Giovanni Sarailhes, essendo stata chiesta innanzi al tribunale di Murat (Cantal) contro Marc' Antonio Sarailhes, questi rispose chiedendo di prelevarsi il quarto in forza della donazione fattagli da suo padre, a titolo di anteparte. I di lui fratelli e sorelle si opposero a questa precapienza, stante la nullità dei di lui capitoli matrimoniali, e fondarono la nullità sulla inosservanza delle formalità relative ai testimonj, stabilite dall' articolo 10. della legge del 18 marzo 1803 combinato coll' articolo 8.vo Risultava da questi due articoli, che se un atto è stipulato solamente da un notajo, allora vi devono essere due testimonj, che non sian parenti delle parti contraenti, almeno fino al grado di zio, e di nipote inclusivamente; che la presenza di un solo testimonio non parente non adempiva il voto della legge; e si osservava che l' articolo 68. pronunziava in questo caso la nullità dell' atto. Il tribunale di Murat stette per la validità de' capitoli, ed ordinò l' esecuzion della donazione.

In grado di appello da questa sentenza nella Corte reale di Riom, i fratelli e sorelle di Marcantonio Sarailhes sostennero vigorosamente la nullità dei capitoli matrimoniali, e quindi della donazione del quarto a titolo di anteparte, che in essi contenevasi, e sempre in virtù degli articoli 8. 10. e 68. della legge del 25 *ventose* anno 11 (18 marzo 1803).

Dal donatario si cercò di evitare la eccezione della nullità, ricorrendo all'articolo 1394. ✳ 1348 del Codice civile ove dicesi. » Tutte le convenzioni » matrimoniali saran formate, prima del matrimo- » nio, con atto innanzi notaro. » Sosteneasi che da questo articolo derivava una modificazione, anzi una derogazione alle disposizioni della legge del 18 marzo 1803: per la validità delle convenzioni matrimoniali, basta un sol notaro. L'articolo non richiede la presenza dei testimonj, come la richiedeva la legge del 18 marzo. Il contratto di matrimonio non è un contratto ordinario, ma è un contratto domestico, e che può farsi nel seno della famiglia medesima. Questa assertiva poggiavasi sul ravvicinamento dell' articolo 1394 ✳ 1348 coll' articolo 931 ✳ 855 del Codice civile così concepito: « Ogni atto che contenga una donazione tra vivi » sarà stipulato *innanzi notai* nella forma ordi- » naria dei contratti e ne rimarrà la minuta sotto » pena di nullità » (a). La differenza che si osserva nella redazione di questi due articoli, prova che sono stati scritti in un senso ben differente. Il legislatore, soggiungevasi, à voluto nell' articolo 931 ✳ 855 che la donazione fra vivi avesse la forma ordinaria de' contratti, e quali precauzioni non ha egli prese onde esprimere questa sua volontà? Laddove nell' articolo 1394 ✳ 1348 si è contentato di prescrivere un atto *innanzi notajo*. Nè si mancava di osservare che nell' art. 931 ✳ 855 vi era la parola *notai*, e che nell'articolo

(a) Nell' abolito Codice civile la traduzione della frase *innanzi notai* si era messa al singolare, *innanzi ad un notajo*, e questo modo di dire, pieno di filosofia legale, è stato consecrato dall' articolo 855 delle LL. CC. che vi corrisponde. Presso di noi quindi non vi sarebbe stato luogo a questo cavillo.

1394 ✳ 1348 vi era quella di *notajo*. Il segno del plurale in un articolo, e del singolare in un altro era dunque un argomento a favore di Sarailhes. Si ravvicinava benanche l'articolo 1394 ✳ 1348 coll' articolo 2127 ✳ 2013 il quale prescrive che l' ipoteca convenzionale non può stabilirsi altrimenti che con atto stipulato in forma autentica *avanti a due notaj*, o *avanti a un notajo e due testimonj*, e si deduceva la stessa cosa dalla differenza di redazione di questi due articoli, di quella dedotta dalla redazione diversa degli articoli 1394 ✳ 1348 e 931 ✳ 855.

A questi mezzi si rispondea, che quando il legislatore à voluto che un atto fosse rivestito delle forme notariali, non si è sempre espresso nello stesso modo; che la redazione dell' articolo 1394 ✳ 1348 non aveva avuto per oggetto la modificazione delle disposizioni contenute nella legge del 18. marzo 1803., volendo che un contratto di matrimonio potess' essere stipulato da un sol notaro, senza i due testimonj richiesti dall' indicata legge; che la induzione ricavata dal segno del plurale in un articolo, e del singolare in un altro, era solo un' arguzia; che d' altronde, allorchè per una convenzione si richiedeva un atto notariale, la locuzione più pura consistea nel dir che si sarebbe stipulato *con atto avanti notajo*; e che infine l' articolo 1394 ✳ 1248 avea prescritto per le convenzioni matrimoniali, la forma notariale, in opposizione agli usi antichi di alcune provincie della Francia, come la Normandia ed altre provincie meridionali, in vigor dei quali le convenzioni matrimoniali eran valide, quantunque fatte con atti sotto firma privata.

Marcantonio Sarailhes giunse fino a dire che anticamente vi eran regole ed usi, mercè cui i contratti di matrimonio potevano stipularsi da un sol

notajo senz'altri testimonj che i parenti. A questo riguardo ei fondavasi sulla indicazione delle forme de' contratti matrimoniali contenuti nel *Traité du contrat de mariage di Pothier num.* 47, ove dicesi che questi contratti stipulavansi *da un notajo,* in presenza dei parenti delle parti: pretendea dunque che l'articolo 1394 ✳ 1348 avesse voluto confermare quest' uso antico.

Ma questa eccezione dell'uso antico veniva smentita, e con ragione; dappoichè le convenzioni matrimoniali, come tutti gli altri contratti, erano state sempre soggette alle forme prescritte dalle antiche ordinanze del regno, come quelle di Orleans, e di Blois. Anche Pothier nella sua *Introduc. au tit. 10. della Coutume d' Orleans, pag. 288. edit. in 4.° del 1772.* avea detto che affin di prevenir le antidate, di cui sono capaci gli atti sotto firma privata, dovevano essere stipulati *innanzi notaj*; e Prevôt de la Janesse, che al pari di Pothier era stato professore di dritto francese ad Orleans, ne' suoi *Principes de la Iurisprudence française tom. 2. num. 320*, aveva egualmente detto che i capitoli matrimoniali, per gli stessi motivi indicati da Pothier, dovevano essere stipulati *innanzi notajo.* Questi due autori che commentano l' articolo 202. della costumanza di Orleans, ove si fa solo parola del *trattato di matrimonio*, e delle convenzioni matrimoniali, senza indicazion di formalità, si sarebbero spiegati come si spiegarono se avessero opinato che il contratto di matrimonio poteva stipularsi con formole diverse da quelle prescritte dalle antiche ordinanze per tutti gli altri atti?

Si soggiugneva, che quando Basnage nel suo *Traité des hypothèques edit. del 1703. in 12. pag. 187. e 244.* parla de' contratti di matrimonio che dovevano stipularsi da' notaj, all' opposto dell' uso di Normandia, ove, come si è detto, i contratti

di matrimonio potevan farsi con atti sotto firma privata; enunzia allora le formalità che dovevan produrre ipoteca, ch'eran le medesime di tutti gli atti ordinari, senza indicare alcuna derogazione, o modificazione. Dicevasi pure che Denisart, alla parola *contrat de mariage num. 7*, parlando di una dichiarazione degli 11 Dicembre 1703. con cui volevasi abolir l'antico uso de' contratti di matrimonio sotto firma privata, ch'avea luogo in Normandia, si contenta di dire che questa dichiarazione aveva ordinato che i contratti di matrimonio si sarebbero stipulati *avanti notajo*, sotto pena di nullità. Certamente l'autore intendea parlare nel senso delle formalità ordinarie degli atti.

Marcantonio Sarailhes, onde sostenere la validità del contratto di matrimonio, invocava il disposto dall'articolo 75 ✳ 77 del Codice civile, ove si parla delle formalità dell'atto relativo alla celebrazion del matrimonio. Questo articolo prescrive l'intervento dell'ufiziale dello stato civile, e la presenza di quattro testimonj, sieno o no parenti. Ora, ei diceva, l'atto della celebrazion del matrimonio, essendo molto più importante del contratto che ne regola semplicemente le convenzioni, che rimangono privi di effetto se il matrimonio non accade, come supporre che l'articolo 1394 ✳ 1348 ne abbia voluto più dell'articolo 75 ✳ 77?

Ma questo era un ragionar sopra oggetti disparati. L'atto dello stato civile del matrimonio è stato sempre indipendente, in quanto alle formalità, dall'atto che ne regola le convenzioni, e l'oggetto di tali formalità non è stato mai lo stesso. Potea dirsi che giusto perchè, nel caso dell'articolo 75 ✳ 77 il legislatore si è spiegato in un modo diverso dall'articolo 1394 ✳ 1348, è chiaro ch'egli ha voluto rimanere il contratto contenente le convenzioni, nella categoria delle formalità ordinarie de' contratti.

Finalmente i fratelli e sorelle di Marcantonio Sarailhes fondavansi sull' articolo 1092 ✳ 1047 del Codice civile. Ivi il legislatore parla della donazione per atto tra vivi, de' beni presenti, fra due sposi, per contratto di matrimonio, e vuole che sia soggetta a tutte le regole *e formalità al di sopra prescritte per questa specie di donazioni*, il che si rapporta all' articolo 931 ✳ 855. Ora l' articolo 1092 ✳ 1047 prescrivendo queste formalità per una donazione, sebben fatta per contratto di matrimonio, eglino ne tiravan la conseguenza, che i contratti di matrimonio non erano esenti dalle formalità prescritte per gli atti in generale.

Su questa discussione la Corte reale di Riom, prima camera civile, il dì 20 novembre 1818, sulle mie uniformi conclusioni, emise una decisione con cui la sentenza del tribunale civile di Murat del dì 22 gennajo 1817 fu annullata, ed annullata benanche la donazione.

Non si conchiuse intorno alle nullità della costituzion dell' ipoteca, risultante dallo stesso contratto di matrimonio. Ma è facile il prevedere quale, dopo la nullità della donazione, sarebbe stata la sorte della costituzion d' ipoteca, giacchè la nullità della donazione fu pronunziata in seguito della nullità dell' atto col quale si erano stabilite le convenzioni civili sotto il rapporto degl' interessi pecuniarj.

La giurisprudenza adottata da questa decisione, non solo è conforme alle leggi sull' assunto, ma è anche approvabilissima sotto al rapporto della morale.

Ed in vero se potesse ammettersi il sistema rigettato dalla decisione, un notajo ignorante o sospetto, come alle volte ritrovansi, sebben di rado, potrebbe da se solo, assicurato dall' ombra del mistero, privo della vigilanza legale richiesta dalla legge, fare obbligar due sposi, poichè in siffatto sistema

sarebbe impossibile di esigere la presenza di alcun parente, non risultando la necessità di tale presenza da veruna legge. Laonde la felicità degli sposi, e le fortune delle famiglie potrebbero esser comodamente sacrificate a passioni, ed a seduzioni di ogni genere, che agirebbero con maggiore o minor forza, secondo la inesperienza della gioventù, o la debolezza dell'età. Il rimedio ad un male sì grave non può derivar d'altronde che dalla necessaria presenza de' testimonj, o dalla ispezione d'un secondo notajo. (a)

Ben si conosce adunque che questa decisione dee richiamar l'attenzione de' notaj, ond' evitar la nullità di atti così importanti.

(Non di meno un atto può produrre ipoteca quantunque non fatto innanzi notajo. Atti e sentenze delle autorità amministrative.)

9. Le disposizioni però dell'articolo 2127 ✱ 2013. del Codice civile non debbono prendersi in un senso siffattamente rigoroso, che l'ipoteca convenzionale non possa mai esser consentita se non l'è con atto innanzi due notaj, o innanzi ad un notajo e due testimonj. L'ipoteca, nella sua pienezza, può derivare da qualunque obbligazione scritta innanzi a funzionarj od ufiziali pubblici, ai quali le leggi, o gli atti del governo, il cui oggetto è stato di ordinar queste leggi, hanno, in certe particolari circostanze, affidata la missione

(a) Conveniamo coi principj esposti dal signor Grenier sulla necessità della presenza de' testimonj per la validità dell'atto: ma nel fatto, la scelta de testimonj cade sopra persone così poco istruite, prezzolate dal notajo, e che ispirano tanta poca fiducia, che se frodi non avvengono, è dovuto a tutt'altro che alla loro presenza, talvolta più nociva che utile. Sarebbe desiderabile che le parti ed i notaj mettessero ogni cura nello sceglierli.

di ricevere atti obbligatorj. Allora questi funzionarj divengono competenti per dare all' atto la stessa autenticità ch' emana da un notajo, ed in conseguenza per imprimere su i beni di coloro che si obbligano, un' ipoteca, sia speciale sia generale, secondo le disposizioni delle leggi e dei regolamenti relativi a questi casi particolari. Gli ufiziali pubblici o funzionarj che hanno queste attribuzioni, divengono per la loro missione, accidentalmente capaci, al par de' notaj, di dare all' atto tutta la efficacia del contratto. L' esercizio di un potere preciso e determinato, nel caso di eccezione, ha lo stesso effetto che l' esercizio di un potere che trovasi nella regola generale.

I tribunali non sono le sole autorità che possono pronunziar condanne, ed imprimere ipoteche giudiziarie. Le condanne pronunziate dalle autorità amministrative, in quei casi nei quali la legge le dichiara competenti, producono il medesimo effetto. Un avviso del Consiglio di stato del 16. *termidor* anno 12. (6 settembre 1804.) approvato il 25, ha così deciso, pronunziando sulla quistione, se l' articolo 2123 ✱ 2009 del Codice civile che accorda l' ipoteca alle condanne giudiziarie col peso della iscrizione, si applica agli atti emanati dall' autorità amministrativa. Questo avviso stabilisce una perfetta parità fra le condanne pronunziate dai tribunali ordinarj, e quelle ch' emettono gli amministratori, ai quali le leggi, in determinate circostanze, hanno attribuito il dritto di pronunziar condanne, o di emetter sentenze. Vi si dice che in tal caso gli amministratori sono veri giudici, i di cui atti devono produrre gli effetti medesimi, ed ottenere la stessa esecuzione degli atti de' tribunali ordinarj.

Un secondo avviso del Consiglio di stato del 29 ottobre 1811, approvato ai 12 novembre, decise co-

gli stessi principj, che poteva prendersi iscrizione, in vigor di sentenze, che l' articolo 32 della legge de' 22 agosto 1791, autoriza l' amministrazion delle dogane ad emettere pel ricupero de' dritti, pe' quali apre un credito, e per mancanza de' certificati di pagamento, e di prestata cauzione. Finalmente un terzo avviso del Consiglio di stato, del 24 marzo 1812, ha dichiarato applicabili quei due primi avvisi *ai conti approvati degli amministratori, dai quali il deberi degli amministratori de' comuni e stabilimenti pubblici riman fissato.* Tutti questi avvisi sono inseriti nel Bullettino delle leggi. Quello del 25 *termidor* anno 12 (15 settembre 1804) da prima nol fu: ma sopra domanda fattasene, questo voto fu riempiuto con quello del 29 ottobre 1811. Debbono dedursi le stesse conseguenze per le decisioni dei Consigli di prefettura (d' intendenza) da un decreto del dì 7 aprile 1812, che sul reclamo del comune di Candeval, avverso una decisione del Consiglio di prefettura (d' intendenza) di Ande stabilì gli stessi principj.

Ora ben si sente l' analogìa che vi è tra il caso di una condanna pronunziata dalle autorità amministrative nelle materie di loro competenza, ed il caso di atti importanti obbligazioni, fatti dagli amministratori, o da qualunque funzionario, od ufiziale pubblico, allorchè ànno essi avuta la mission legale di ricever tali atti.

(Osservazione essenziale per la validità dell' ipoteca intorno agli atti fatti dalle autorità amministrative.)

10. Bisogna però avvertire attentamente che, onde gli atti di queste ultime autorità producano ipoteca, quando sono, come quelli de' notari della giurisdizion volontaria, conviene ch' esse o per legge, o per regolamenti, siano rivestite di potere preciso e speciale di formarli in luogo de' notaj.

Che se li formassero senza questo special potere, ed unicamente in occasione dell'esercizio delle loro ordinarie funzioni, allora, lungi dal produrre ipoteca, potrebbero esser nulli; il che accadrebbe se le parti contraenti non sapessero sottoscrivere. È questo il motivo della decisione contenuta in un decreto de' 26 maggio 1811, inserito nel Bullettino delle leggi, al quale basta rinviare.

(Degli atti degli amministratori de' stabilimenti pubblici, e dei consigli degli ospizj.)

11. Gli ospizj ed altri pubblici stabilimenti di beneficenza, o di pubblica istruzione, non possono, per l'affitto di fondi, o per altri atti relativi alla loro amministrazione, imprimere ipoteca su i beni di coloro che contrattano con essi. Ciò si ricava da un decreto del 12 agosto 1807, inserito nel Bullettino delle leggi. Ivi si dice. » A contar dalla pub» blicazione del presente decreto, gli affitti dei fondi » di ospizj e di altri stabilimenti di pubblica be» neficenza, e d'istruzion pubblica, per la durata » ordinaria, saran fatti all'incanto *innanzi un* » *notajo destinato dall' intendente della provin*» *cia*; ed il dritto d'ipoteca su tutt'i beni dell' » affittatore, sarà stipulato *colla designazione, uni*» *formemente al Codice civile.* » Il decreto prescrive, a questo riguardo, altre formalità che qui è inutile di ricordare.

L'ordinanza del Re de' 7 ottobre 1818 relativa agli affitti dei beni comunali, coll'articolo 4 dispone che se ne stipulerà atto innanzi notajo uniformemente all'articolo 1.° del decreto dei 12 agosto 1807 or ora citato. L'articolo 67 del decreto dei 30 dicembre 1809 suppone che le parrocchie non possano da per loro medesime far contratti di locazione o di affitti.

In quanto agli affitti fatti per opera sola degli amministratori di questi stabilimenti, prima della pubblicazione del Codice civile, vi era qualche dubbio sulla quistione se producevano o non producevano ipoteca. È facile l'intendere che il decreto sopra citato era fatto per l' avvenire.

Il Consiglio di stato, lo stesso dì che fu fatto il decreto, emise un avviso per quel che riguarda gli affitti precedenti. Questo avviso contiene che » Gli » affitti precedentemente fatti all' incanto, sia in- » nanzi alle autorità amministrative, sia innanzi ai » Consigli degli ospizj, essendo fatti in vigor di » leggi esistenti, alle cui disposizioni questi stabili- » menti son soggetti, e nelle forme prescritte, hanno » la via esecutiva sulle proprietà mobiliari, *e pro-* » *ducono ipoteca sugl' immobili*; che quindi tutti » gli atti conservatorj, od esecutorj, *e tutte le* » *iscrizioni* prese in forza delle spedizioni di detti » affitti, deggiono avere il loro effetto contra i de- » bitori degli ospizj o di altri pubblici stabilimenti, » *come se fossero stati fatti innanzi notajo* » (1). L' avviso del Consiglio di stato non eliminò tutte le difficoltà. Un' altra ne surse per un affitto fatto dall' amministrazione dell' ospizio civile di Grenoble con aggiudicazione all' incanto. Questo affitto era stato fatto dai soli membri della commessione, che lo scrissero essi medesimi senza l' intervento di alcun pubblico ufiziale: ma questo affitto era stato fatto il 19. *vendemiare* anno 10 (10. ottobre 1804) sotto la legge di *brumaire* anno 7 (novembre del 1799) e non conteneva alcuna stipulazione d' ipoteca. Tuttavia il 4 marzo 1807 tale affitto venne iscritto

(1) Questo avviso non vedesi inserito nel Bullettino delle leggi; ma io l' ho visto citare e trascrivere, specialmente nella discussione che precedè la decisione di cui son per far parola.

all' uffizio delle ipoteche. I creditori del colono, posteriormente iscritti, si opposero all' ipoteca dell' ospizio, per due motivi; il primo, che i membri della commessione non avevano capacità legale d'imprimere ipoteca speciale nel modo prescritto dall'articolo 4 della legge di *brumaire* (novembre); il secondo, che gli stabilimenti pubblici non avevano ipoteca legale contro ai loro fittuarj, e che indarno la commessione degli ospizj sostenea l'affermativa. La Corte di cassazione con decisione del 3 luglio 1817 *Denevers an. 1818. pag. 411.* à giudicato che in questo caso non vi era ipoteca legale, il che è fuor di dubbio, poichè siffatta ipoteca à esistito solo contra gli amministratori gestori ed altri. Essa però non à deciso in un modo positivo, che gli affitti fatti prima del Codice civile, innanzi ai soli amministratori, producessero ipoteca: essa à deciso, che ammettendola com' è, bisognava almeno che a termini della legge che allora imperava, l' ipoteca fosse *specialmente stipulata.* Per questo lato la decisione è ben fondata. L' avviso del Consiglio di stato supponea che gli affitti fossero fatti uniformemente alle *leggi esistenti.* Quindi tutti questi atti formati sotto l' impero della legge di *brumaire* (novembre) non han potuto produrre ipoteca senza un obbligo speciale. Ma in ordine agli affitti fatti prima della pubblicazion di quella legge, non può dubitarsi che, sebbene non siavi stato l' intervento del notajo, essi non avesser dovuto, come tutti gli altri atti di quel tempo, in seguito della legislazione allora vigente, produrre ipoteca generale, come gli affitti de' beni demaniali, fatti dalle sole amministrazioni, e senza notajo, in conseguenza dell' articolo 14 titolo 2 del decreto del 23 ottobre 1790. Non di meno si conosce che in prosieguo vi è stato bisogno della iscrizione contra i debitori morosi, come per tutti gli altri crediti antichi, i quali godevano il favore dell' ipoteca generale.

(Dell' effetto de' contratti stipulati in paese straniero per l' ipoteca in Francia.)

12. Ecco il luogo per ispiegarsi sul modo col quale si deggiono considerare i contratti formati in paese straniero sotto al rapporto del loro effetto e forza esecutiva, riguardo ai beni situati in Francia. Io quì tratterò solamente la quistione intorno ai contratti ordinarj. Per quel che concerne i giudizj resi in paese straniero, e i contratti di matrimonio che vi si sono stipulati, me ne occuperò trattando delle ipoteche giudiziarie e delle ipoteche legali.

Il non avere idee giuste sulla natura dell' ipoteca, vale a dire, sull'origine del dritto che la costituisce, fu la causa di una gran diversità di opinioni fra gli autori, sull' effetto de' contratti stipulati in paese straniero sotto il rapporto dell' ipoteca.

Alcuni, la cui opinione poteva essere di un gran peso, e fra questi il signor Bouhyer nelle sue *observations sur la Coutume du duché de Bourgogne, tom. 2 pag. 83, num. 45 et suiv.*, sostennero che i contratti stipulati in paese straniero, del pari che le sentenze ivi emesse, dovessero partorire ipoteca di pieno dritto su i beni siti in Francia. Essi fondavansi sul principio che la necessità di darvi esecuzione, era una conseguenza di obbligazioni fondate nel dritto delle genti. Secondo essi, e le decisioni dei tribunali, e i contratti volontarj, ispiravan da per ogni dove lo stesso rispetto; e credevano che il non accordar questa ipoteca, era contrario alla buona fede, che avrebbe potuto intralciare le transazioni da farsi in Francia fra regnicoli e stranieri, e che il commercio molto ne avrebbe sofferto. Gioverà rapportare l' espressioni

di uno dei più gravi autori partigiani di siffatta opinione; di Choppin, *sur la coutume d'Anjou, lib. 3 tit. de pignoratit. fundor. possess. num. 11. Jure gentium*, dice questo autore, *sancitae hypothecae actio vim obtinet ubique terrarum ac regionum in quibus debitoris bona consistunt, dummodo creditor, consignata litteris testatione, planum faciat tabellionem esse, ac publica fide subnixum eum qui obligatorias debiti cautiones conscripserit.*

(L'ipoteca si fonda sul dritto civile, e non sul dritto delle genti.)

13. Ma questi autori s'ingannavano. Io mi affretto a stabilire un principio importante in questa materia, e fecondissimo di conseguenze, come si vedrà nel progresso dell'opera. Esso è che l'ipoteca deriva dal dritto civile, e non dal dritto delle genti. Bisogna essere attento a non confondere l'obbligazione in se medesima, coll'ipoteca. L'obbligazione che risulta da un impegno volontario, certamente è di dritto delle genti, come lo sono le transazioni, gli acquisti, ed altri atti di simil natura: ma l'ipoteca è un dritto di esecuzione che affligge il fondo. Essa non riguarda la sola persona come l'obbligazione; dà il dritto di perseguitare l'oggetto ipotecato, e di farlo vendere per mezzo della giustizia; attribuisce un dritto di preferenza su i creditori posteriormente iscritti, e sotto questo punto di vista non è di dritto delle genti, ma è di dritto civile, come quello che regge i fondi su i quali è costituita. Ora il dritto civile non è stabilito che in favore de' sudditi di ogni regno. L'ipoteca dunque non è altro che l'effetto dell'autorità pubblica che si esercita sulle proprietà di ogni territorio. Essa non può esser

trascorso il termine prescritto? L'ipoteca, della quale solamente ci occupiamo, aveva un effetto retroattivo al giorno dell' atto medesimo, o prendeva la data del registro? Ciò non è chiaramente spiegato dagli autori, e meno ancora dalle diverse leggi emanate fino a quella del 5 dicembre 1790. D'Héricourt, *de la vente des immeubles, chap. 11, sect. 2, num. 37*, dopo di aver riferite le disposizioni dell' editto del 1693 e dei regolamenti posteriori, i quali dichiaravano che i particolari non potevano acquistare alcun privilegio, od ipoteca in forza di atti non registrati, soggiunge: « Il che non deve intendersi in guisa che l' ipoteca non si acquisti se non dal giorno del registro: mentre l' atto innanzi notajo produce ipoteca dal giorno della sua data, *sia qualunque la data del suo registro*. Ma siccome il Re à voluto che i giudici non avessero tenuto conto degli atti non registrati, così l' ipoteca stipulata a favor delle parti dal dì del contratto, riman priva di effetto. » È impossibile di formare idee esatte su queste espressioni, e sopra alcune altre che seguono sull' istesso soggetto. Attesa la deferenza che merita questo saggio autore, si è tentato di credere che il passo citato contenga qualche difetto di copiatura. Non di meno se ne può dedurre che l' ipoteca non ha effetto se non dalla data del registro. Pothier, *Introduct. au tit. 20 de la Coutume d'Orléans, chap. 1, sect. 1, num. 12*, dopo di avere spiegate le formalità degli atti, dice semplicemente. « Infine, a tenore dell' editto sul registro, l' atto perchè generi ipoteca, convien che sia registrato. » Prendendo queste parole nel loro più stretto senso, si può conchiudere che fino a che l' atto non è registrato, non produce ipoteca. Soutlages nel suo *Traité des hypothèques*, composto prima della legge del 5 dicembre 1790, alla pagina 56 dà fuori un

opinione, che lungi dal rischiarar la controversia, ne rende vieppiù difficile lo scioglimento. « Ma bisogna osservare, dice egli, che sebbene gli atti pubblici non registrati, non producono ipoteca su i beni obbligati, pure da ciò non emerge che il creditore acquista l'ipoteca dal dì in cui l'atto si è registrato; giacchè non è il registro che dà l'ipoteca, ma l'atto pubblico, dopo di essere stato registrato: tal che un atto registrato molto tempo dopo, darebbe il dritto d'ipoteca a favor del creditore dal dì della sua data, *poichè il registro in qualunque tempo si apponga, dà all'ipoteca un effetto retroattivo che risale al giorno dell'atto.* » Ecco la quistione che dee decidersi. Nell'attuale nostra legislazione, il registro, simile al registro di prima, che chiamavasi *controllo*, sebbene apposto dopo il termine accordato dalla legge, darà effetto retroattivo all'ipoteca, facendola rimontare alla data dell'atto, o l'ipoteca comincerà ad aver vigore dall'epoca del registro? Io credo dovermi decidere per quest'ultimo sentimento e contro alla retroattività.

La legge sul registro del 5 dicembre 1790, contiene importanti disposizioni sull'oggetto. Coll'articolo 2 si dice. « Gli atti de' notaj e le intimazioni degli uscieri saran soggetti, in tutta la estensione del regno, ad un registro, *per assicurarne la data e la esistenza.* » L'articolo 9 dice. « In mancanza del registro nel termine fissato dall'articolo precedente, un atto innanzi notajo, varrà *come scrittura privata.* Il notajo sarà risponsabile verso le parti de' danni risultanti da siffatta omissione. » Poi soggiunge. « Non di meno l'atto rivestito della formalità omessa, acquisterà la certezza della data, *e l'ipoteca dal dì del registro.* »

La legge del 22 *frimaire* anno 7 (13 dicembre 1799) à prodotto qualche cangiamento a que-

sto riguardo? Questa legge non parla affatto nè di nullità di atti, nè di decadenza, o privazione d'ipoteca per difetto di registro; e quì potrebbe rammentarsi ciò ch'io ho detto altrove, che le nullità non son di pieno dritto, e può dirsi la stessa cosa della decadenza dal dritto d'ipoteca. L'articolo 20 di questa legge fissa il termine durante il quale gli atti convien che siano registrati; l'articolo 33 si limita a pronunziare una multa contro ai notaj che non avran fatto registrare i loro atti nel termine prefisso: non vi è pena stabilita rapporto alla nullità dell'atto, e dell'ipoteca, e tanto è vero, potrebbe dirsi, che il legislatore non ha voluto render nullo un atto notariale per la mancanza del registro, che nell'articolo 34, relativo alla mancanza di registro d'una citazione nel termine prefisso, oltre alla multa contro all'usciere, vi si dice che « la citazione o processo verbale non registrato nel termine *è dichiarato nullo*, ed il controventore risponsabile di questa nullità verso la parte ». Il contrasto delle disposizioni fra questi due casi sembra autorizzare l'applicazion della regola *qui de uno dicit de altero negat*. E nell'articolo 42 si dice ancora che niun notajo, usciere, cancelliere, segretario, od altro ufiziale pubblico, potrà fare o redigere un atto, in forza di un atto di scrittura privata, o fatto in paese straniero, *se prima non è stato registrato*. Ma questo articolo non dichiara la nullità, o la decadenza o sospenzione dell'ipoteca: si dice soltanto, *a pena di 50 fran. di multa, e di essere personalmente risponsabile del dritto*. Ora, potrebbe sempre dirsi, le nullità e le multe non si suppliscono: esse deggiono venir pronunziate dalla legge.

Ad onta di tutte queste ragioni io credo dovere persistere nella opinione da me abbracciata.

Primieramente, un atto senza registro, sebbene innanzi notajo, non ha data certa: la certezza della data è lo scopo della legge de' 22 *frimaire* anno 7 (13 dicembre 1799) e di ogni precedente legislazione su questo proposito. Volere il registro è volere implicitamente e virtualmente la certezza delle date in forza di siffatta formalità: donde risulta necessariamente che il legislatore à voluto che gli atti non potessero avere altra data almeno a fronte dei terzi, se non quella del registro. Pria di stabilirsi la formalità del registro in Francia non poteva esservi ipoteca se non in vigor di un atto notariale od autentico, a differenza del dritto romano, che, come abbiam detto, non esigeva altre precauzioni; ed in ciò il dritto francese à una gran superiorità sul dritto romano. Ora qual' era l' oggetto della necessità di stipularsi gli atti innanzi notajo? Mornac ce lo dice sulla *leg. 4 ff. de pignor. et hypoth. Servat enim universa Gallia, ut ad pignus constituendum, tabellionis ministerio opus sit, ne repeti, praeferrique possint dies pactionum, vel ut loquimur* PERCHÈ NON SI POSSA METTERE UN' ANTIDATA. Ma se la esperienza sugli abusi à fatto considerar, la necessità di stipularsi gli atti davanti notajo, come insufficiente *per assicurar le date*, e se il legislatore vi à pure unita la formalità del registro, è chiara la conseguenza che alla mancanza del registro convien attribuire il medesimo effetto che si attribuiva alla mancanza di stipula innanzi notajo. Ciò non ostante, deesi convenire, che sebben Mornac non lo dica in questo luogo, l' ipoteca dipende ancora dall' autenticità che risulta principalmente, come si è detto, dallo stipularsi l' atto da un ufiziale che solo, per legge, può imprimere ipoteca. Ma non è men vero che lo stabilimento de' notaj avea preso di mira l' assicu-

(Ordinanza del 1629. Com' è stata riguardata in Francia.)

14. L'ordinanza del 1629, art. 121, confermò questo principio. Ivi è detto: « I giudizj resi, i contratti, e le obbligazioni formate in regni e paesi stranieri, qualunque ne sia la causa, non avranno ipoteca, od esecuzione nel nostro regno, ma i contratti saran riguardati come semplici promesse.»

A dir vero l'esecuzione di siffatta ordinanza à sperimentate molte difficoltà in Francia: essa non avea forza di legge, nè consideravasi tale nella vasta giurisdizione del parlamento di Parigi, ove non era stata liberamente registrata, nè in altri, come lo dice il Signor Bouhyer.

Questo saggio magistrato dice anche che il parlamento di Dijon registrò il decreto, ma colla modificazione che l'art. 121 non si sarebbe eseguito nella sua giurisdizione. Non di meno, eccetto questo parlamento che a tal riguardo si avea formati principj particolari, coi quali il signor Bouhyer avea scritto, si è sempre giudicato, specialmente nella giurisdizione del parlamento di Parigi, che gli atti innanzi notaj di paese straniero, e le sentenze ivi rese, non importavano dritto d'ipoteca su beni siti in Francia. Nella giurisdizione del parlamento di Parigi, non ragionavasi sull' ordinanza del 1629, che là non aveva esecuzione come legge: ma fondavansi sopra un dritto pubblico preesistente, che trovavasi stabilito da molti antichi decreti, e specialmente da quello del 1599, che io ò citato sull' autorità di Mornac, e sopra un decreto anche più importante reso dal parlamento di Parigi il 21 maggio 1585, riferito da Choppin sulla costumanza di Anjou *liv. 3, chap. 3 tit. 3 n.º 11.* Questo decreto per verità è relativo ad un giudizio reso in paese straniero: ma vi è identi-

*

cità di principj. Ciò deriva pure da alcune antiche ordinanze, e segnatamente da quella di Francesco I.°, del 1535, ch'era conforme ad un' altra di Carlo VIII del 1490 art. 21: « Noi dichiariamo, in essa è detto, *nulli* tutt' i contratti riguardanti eredità, rendite, o fondi che d'ora innanzi non saranno stipulati dai *nostri notaj.* » I notaj ecclesiastici, e quelli ancora dei signori (salvo una modificazione introdotta dalla giurisprudenza), erano esclusi del dritto d'imprimere ipoteca sugl' immobili siti sul territorio francese, poich' essi non avevano un potere emanato dall' autorità reale: con maggior ragione doveva dirsi lo stesso de' notaj stranieri.

(Principj del Codice civile su questo assunto.)

15. In questo stato di cose venne il Codice civile. L' art. 2128 dello stesso è così concepito. « I contratti fatti in paese estero non possono produrre ipoteca su i beni esistenti in Francia, quando però non vi siano disposizioni contrarie a questa massima nelle leggi politiche, o nei trattati » (*a*).

Questo articolo in sostanza è conforme ai principj

(*a*) La nostra legislazione è cangiata su questo oggetto: L' art. 2014. LL. CC. che corrisponde all' art. 2128 dell'abolito Codice civile, mette per principio che i contratti fatti in paese straniero possono produrre ipoteca su i beni siti nel nostro regno: ma perchè ciò accada vi vogliano le cinque seguenti condizioni.

1. Che il contratto sia autentico.
2. Che sia fatto secondo le leggi del luogo.
3. Che sia esaminato dal tribunale della provincia ove son siti i beni.
4. Che sia inteso il Pubblico Ministero del detto tribunale.
5. Che una sentenza di detto tribunale ne ordini la iscrizione.

stabiliti dall' ordinanza del 1629: ma nel tempo stesso le ultime sue disposizioni vi apportano un importante modificazione, poich' esso sottopone la sorte dell'ipoteca, in Francia, alle disposizioni delle leggi politiche, o de' trattati vicendevoli del paese straniero, presso del quale il contratto fu stipulato, o del regno di Francia nel quale vuole eseguirsi. Ma sia pur l' ipoteca di dritto delle genti o di dritto civile, è sempre vero ch' era difficile di non subordinare per questa parte le decisioni alla maniera con cui consideravansi ne' paesi stranieri le ipoteche che i francesi aver potevano su i fondi di quei paesi, in virtù di atti stipulati in Francia o di sentenze qui rese. È facile il prevedere quanto avrebbe sofferto il commercio de' francesi colle altre nazioni se queste avessero avuti principj più rigorosi di quelli ammessi in Francia. Laonde il signor Bouhyer il quale da prima pensò in un modo assoluto *che vi sarebbe stata dell' ingiustizia negando la prerogativa dell' ipoteca ad atti stipulati in un altro regno*; soggiunge poi. *Purchè però siasi certo che lo stesso vantaggio venga accordato agli atti stipulati in Francia; poichè,* siegue a dire, *l' equità della nostra giurisprudenza è principalmente fondata sulla reciprocanza.* Questa condizione ristrettiva è come un tratto di luce che à potuto rischiarare i passi dei legislatori moderni. L' articolo 2128 del Codice, e l'articolo 2123 ✳ 2009 relativo alle sentenze emesse in paesi stranieri, sono stati redatti con lo stesso spirito col quale il furono gli articoli 11 ✳ 9,726 ✳ 647, 912 ✳ 828 riguardanti le successioni e le donazioni (1).

(1) Sul dritto di reciprocanza dei dritti civili si può veder quel ch' io ne ho detto nel. *Traité des donations et testamens tom. 1.er pag. 55, 56, 57, 243 et suiv.*

Una saggia politica à fatto conoscere il pericolo che si correrebbe, trattandosi di partecipazione ai dritti civili in Francia, di accordare agli stranieri più di quello ch' essi accordano ai francesi. Una reciprocanza perfetta di tai dritti è la misura più giusta, ed allora la loro determinazione dipende dalle leggi politiche e dai trattati che regolano i vantaggi di cui i sudditi di una potenza debbono godere nel paese soggetto ad un' altra. L' ipoteca non perde per questo tutt' i suoi caratteri: essa non lascia di esser di mero dritto civile; e se, dopo la reciprocanza, esiste in Francia, in virtù di atti o di sentenze straniere, senza nuova conferma, ciò non accade se non per l' autorità del Sovrano. Il suo potere si esercita e per la dispensa pronunziata di una conferma d' ipoteca, e per questa stessa conferma quando il Sovrano l' ha prescritta.

(Reassunto di ciò che deve praticarsi pei contratti stipulati in paese straniero.)

16. Riepilogando tutto quel che concerne i contratti stipulati in paese straniero, in ordine alle ipoteche, salvo la esecuzione delle leggi politiche e de' trattati coi quali bisogna regolarsi allorchè ve ne esistono, bisogna far dichiarare esecutorio il contratto, da un tribunale competente di Francia, il cui scopo principale è di ottenere una condanna ipotecaria. Questo si desume dai termini dell'art. 121 dell'ordinanza del 1629, che sebbene non abbia avuta forza di legge in tutta la Francia, pure moltissime volte si è citata su questo proposito, come la sorgente della novella legislazione: *ma i contratti si considereranno come semplici promesse.* La regola che questa specie di contratti deggiono considerarsi come semplici pro-

messe, regola importante per formarsi idee giuste su ciò che dee farsi per la loro esecuzione, si deduce dalle parole usate da Mornac, e da me già citate: *Obligatio extra Galliam contracta, pro simplici chirographo est in Gallia.*

Io son di avviso che siffatto modo di procedere e di giudicare debba aver luogo, sia che le parti o l'una di esse abbian segnato l'atto scritto in paese straniero innanzi notajo od altro ufizial competente, sia ch' abbian dichiarato di non sapere sottoscrivere. In questi due casi l'obbligazione non è meno valida, e non vi manca che la forma esecutiva in Francia e l'ipoteca. A questo riguardo posso ricordare quello che diceva Pothier, da me già citato. « I notaj stranieri, ei diceva, hanno in Francia una specie di autorità pubblica che può chiamarsi *autorità di credito*; i loro atti deggiono far fede da per ogni dove: ma essi non hanno un'autorità *di potere.* » Può paragonarsi il caso di cui si tratta con quello di un debito riconosciuto avanti un regio giudice, in seguito di citazione in via di conciliazione, caso in cui la condanna giudiziaria deve aver luogo, se vuol darsi all'obbligazione la forza esecutiva e l'ipoteca: è solo in questo caso che può prendersi iscrizione.

Ma tutto quello che si è detto non ha che fare cogli atti stipulati nelle colonie francesi. Gli uffiziali che ricevono tali atti, sono, come quelli che riseggono in Francia, ufiziali del Re, ed hanno lo stesso potere d'imprimere ipoteca.

Non di meno convien che quegli atti sien registrati in Francia, perchè si possa prendere iscrizione; perchè ben si ravvisa che questi atti debbono contenere un'ipoteca speciale. Ma di ciò farò parola nel numero seguente. Questa eccezione ha luogo ancora per gli atti stipulati in paesi stra-

nieri dai cancellieri de' consoli di Francia dimoranti in quei paesi. Su tali *consoli* e loro *cancellieri* veggasi il *Répertoire de jurisprud.* sotto queste parole, ed i titoli 6 e 9 dell' ordinanza della marina, del 1681.

(Effetto della mancanza di registro degli atti notariali sulla loro validità, specialmente in ordine alle ipoteche.)

17. Occupandomi delle formalità di cui debbono essere rivestiti gli atti costitutivi d'ipoteca, è secondo l' ordine ch' io esamini una controversia, sulla quale son sempre insorte delle difficoltà. Intendo parlare del registro degli atti.

E da prima è certissimo che quando un atto notariale è registrato nel termine accordato dalla legge per l'adempimento di questa formalità, l'ipoteca non prende origine dal dì del registro, ma il suo effetto risale al dì dell' atto. Ciò si è osservato in tutt' i tempi, e il sarà pure. Ma se un atto, quantunque notariale, non fosse registrato nel termine della legge, quale influenza avrebbe questa circostanza in ordine all' ipoteca?

Quando una legge dichiara la nullità di un atto per la mancanza di una delle formalità prescritte, o per non aver pagati i dritti la cui percezione è ordinata dalla legge, è dovere del magistrato il pronunziarne la nullità, poichè il più essenziale de' suoi doveri consiste nell' uniformarsi alla legge, e non già nel costituirsene giudice. Quì non gioverebbe di aver riguardo alla opinione di Dumoulin, che anticamente si citava nel caso in cui versiamo, ed in altri simili, per cercar di sanare la nullità. Scrivendo sopra un editto da lui qualificato per finanziero, si spiegava in questa guisa: *Coeterum non esse periculum propter defectum insinuationis, cum editum illud insinuationum sit*

quaestuosum, corrodendae pecuniae causa sordide factum, atque ideo juste spernitur a bonis judicibus, quoties abest suspicio fraudis vel falsi. Questa idea sorprese colla sua arditezza, e tutto al più non potè venir giustificata che dalla circostanza nella quale la emise. Trattavasi dell' editto di Enrico II del 1553, comunemente chiamato *l'editto delle piccole date*. Questo editto prescriveva la formalità della *insinuazione*, specie di registro, ed in un determinato tempo, per molti atti relativi a benefizj, sotto pena di nullità; e Dumoulin, a causa della sua prevenzione contra le pretenzioni della corte Romana, ch'egli combattea con energìa, e sovente ancora con asprezza, sostenea che la formalità della insinuazione non era necessaria per impedire il dritto chiamato di *prevenzione*: o che almeno non era necessario che la insinuazione si fosse assolutamente fatta nel termine stabilito dall' editto. Bisogna confessare che l' opinione di Dumoulin, e la dottrina ch'ei sviluppa a questo proposito, in seguito han molto influito sulla disposizione delle leggi, e sulla giurisprudenza relativa alle insinuazioni ecclesiastiche. Ma ora non trattasi più di questo: le nostre leggi van considerate sotto un altro aspetto, e le nullità ch' esse comminano debbono esser pronunziate dal magistrato.

Ma è pure un principio inconcusso che le nullità non han luogo di pieno dritto; ed in Francia non si sono conosciute altre nullità tranne quelle testualmente pronunziate dalle ordinanze. Ecco quel che Mornac ha precisamente insegnato sulla legge *1. ff. de procurat. et defens. Servamus autem valere nihilominus acta quaelibet in quibus peccatum in aliquo fuerit adversus edicta regia, si modo adjectum non sit ratum alias non fore, quod*

razion delle date, e che tale assicurazione è stata deffinitivamente stabilita colla formalità del registro.

Secondariamente, in sostegno della mia opinione potrebbe dirsi che, in quanto agli effetti della mancanza di registro degli atti nei termini prefissi, il che è di ordine pubblico, la legge del 22 *frimaire* anno 7 (13 dicembre 1799) non deroga alle antiche leggi, e specialmente a quella del 5 dicembre 1790, e che il suo oggetto principale fu di determinare i dritti di registro. È vero che nell' articolo 73 è detto. « Tutte le leggi emanate sui *dritti di registro*, e tutte le disposizioni di altre leggi a queste relative sono abrogate per l' avvenire ». Ma non si può forse rispondere con fondamento che questo articolo à trattato solo dei dritti di registro, e non del registro stesso, considerato come formalità dell' atto? Allorchè leggi precedenti, come quella del 5 dicembre 1790, hanno regolati i dritti, e non gli effetti degli atti nel caso di mancanza di registro nel termine prefisso, pare che vi sia bisogno di una legge posteriore che deroghi in un modo speciale e preciso quello che trovasi già stabilito.

Altro è l' effetto degli atti in loro medesimi, altro il fissare i dritti da percepirsi da tali atti.

Gli atti notariali non registrati son come gli atti di scrittura privata; con tal differenza che questi, essendo registrati in seguito, non produrranno ipoteca se non siano stati riconosciuti nei modi voluti dalla legge, laddove gli atti notariali non registrati nei termini prefissi, producono ipoteca dal momento che sono stati muniti di registro, e siffatto registro produce tale effetto sia che gli atti siano stati sottoscritti dalle parti, o da una di esse, sia che nol siano stati. Onde produrre ipoteca, e quindi *onde poter prendere iscrizione* vi è bisogno di un atto autentico. Ora

l' autenticità si compone della stipula dell' atto per man di un notajo che la comincia, e del registro, quando si fa dopo il termine, che la perfeziona, a contar dalla data del registro. L' autenticità è sospesa durante il tempo intermedio.

Mal si apporrebbe chi dicesse che la controversia non meritava sì ampio sviluppo, mentre è probabile che in seguito dell' articolo 42 della legge del 22 *frimaire* anno 7 (13 dicembre 1799) il conservator delle ipoteche non riceverebbe un borderò d' iscrizione se il titolo che n' è il fondamento non fosse registrato. Ma, da prima, un errore a questo riguardo è possibile. Di più, in tutto convien dirigersi con principj fissi tanto sotto al rapporto del suo interesse personale, quanto sotto al rapporto dell' interesse del fisco. Finalmente bisogna osservare che non essendovi ipoteca fino a che l'atto è privo di registro, dopo il termine nel quale avrebbe dovuto registrarsi, i beni ipotecati possono, durante questo intervallo, esser colpiti da certe ipoteche, come le legali, che per loro natura sono efficaci dall' istante che nascono, senza bisogno d'iscrizione; tal che queste ipoteche avrebbero il loro effetto, anche senza che il sappia colui a favor del quale era stata consentita un'ipoteca convenzionale e speciale, ed anche quando egli facesse in seguito registrare il suo atto, e prendesse iscrizione. Siffatta iscrizione non nuocerebbe in modo alcuno all'ipoteca legale che avrebbe già colpiti i beni.

Ma in appoggio della mia opinione io credo poter invocare una decisione della Corte di cassazione resa in una controversia ch'è stata decisa coi medesimi principj. Si sa che nelle colonie francesi gli atti che si fanno avanti notaj non sono soggetti al registro: ma che ove di essi vogliasi far uso in Francia, questi atti debbono essere regi-

strati. Tale formalità è prescritta da moltissime leggi antiche, ed anche dalla legge del 5 dicembre 1790, e da quella del 22 *frimaire* anno 7 (13 dicembre 1799). L' articolo 58 della legge del 28 aprile 1816 sulle finanze l' ha rinnovata, e dee dirsi lo stesso di tutti gli atti formati in paese straniero.

Il Signor Lanon in virtù di un atto avanti notajo, al Capo, isola di S. Domingo, il 7 *pluviose* anno 5 (28 gennaio 1797) aveva presa una iscrizione ipotecaria su i beni del signor Modesto Gauthier il 21 *germinal* anno 8 (11 aprile 1800) senza che quest' atto fosse registrato: l'iscrizione avea per oggetto un credito derivante dal valor di una vendita di dritti successorj, ch' erano oggetti immobili, e fu presa su quegli oggetti medesimi ch' erano stati rivenduti da Modesto Gauthier a due particolari, posteriormente alla iscrizione, il che sembrava render più favorevole la causa di questo credito iscritto.

Gli acquirenti chiesero la nullità della iscrizione, attesocchè l' atto del 7 *pluviose* anno 5 (28 gennaio 1797), esecutorio da per se stesso a S. Domingo, per esser tale in Francia, avrebbe dovuto esser registrato. S' impegnò quindi un litigio innanzi al tribunal civile di Poitiers, per sapersi se la iscrizione era o no valevole. Questo tribunale giudicò che Lanon non era tenuto di far registrare il suo titolo prima della sua iscrizione, fondandosi sull' articolo 24 della legge del 5 dicembre 1790, che dispensava dalla formalità del registro gli atti anteriormente scritti in paesi non soggetti alla legge del registro. Siffatto articolo si applicava male, poichè, nella specie, trattavasi di un atto posteriore a quella legge: l' atto era del 7 *pluviose* anno 5 (28 gennaio 1797), e l' iscrizione era dell' anno otto (1800). D' altronde l' ar-

ticolo 10 della legge del 29 settembre 1791, conteneva a questo proposito una disposizione contraria: quindi, in grado di appello, la Corte reale di Poitiers, con sua decisione del 2 dicembre 1816, dichiarò nulla e senza effetto la iscrizione.

Ricorso per cassazione. La Corte di cassazione con suo arresto del 7 dicembre 1807 rigettò il ricorso. L' arresto fondossi sull' articolo 10 della legge de' 29 settembre 1791, e sugli articoli 2 e 9 della legge del 5 dicembre 1790, de' quali ho già riportate le disposizioni. La Corte di cassazione conchiuse che, per la mancanza del registro, il contratto stipulato al Capo, isola di San Domingo, innanzi notajo, il giorno 7 *pluviose* anno 5 (28 gennaio 1797) non poteva riguardarsi in Francia se non come scrittura privata; e che la Corte reale di Poitiers, avendo giudicato che era nulla la iscrizione presa in Francia in virtù di tal contratto, si era uniformata alle citate leggi: *Denevers anno 1807 pag. 561*. Io osservo che SOUTLAGES spiegandosi su questa controversia, molto tempo prima della legge del 5 dicembre 1790, nel suo *Traité des hypothéques pag. 29*, aveva emessa una opinione simile a questa. Bisogna quindi tenere per certo che l' ipoteca prende la sua data dal giorno dell' atto se questo è registrato nel termine prescritto dalla legge; ma se l' atto non è stato munito di registro nell' indicato termine, l' ipoteca prende la sua data dal giorno del registro, e solo da questo giorno può prendersi iscrizione (1).

---

(1) Molto tempo dopo di avere scritta la riportata mia dissertazione, ne ho letta un' altra ampia e profonda scritta dal signor Merlin, che diede le sue conclusioni pel citato arresto di cassazione. Essa trovasi nel *Répert. de jurispr.*

(Eccezione alla risoluzione presa.)

18. Tuttavia son di avviso che debbasi fare una restrizione alla risoluzion presa, per un caso avvenuto, e che sventuratamente non è così raro, come dovrebbe essere. È possibile che un notajo si permetta d'inserir falsamente in piè della minuta, o della spedizione di un atto, la menzione del dritto di registro percepito dal ricevitore, coll'indicazione ancora del volume del registro, e del numero di esso. Il notajo in questo caso dovrebbe esser chiamato in giudizio come colpevole della falsità; ma vi è luogo a sostenere che la iscrizione presa in forza di quell'atto, dovrebbe avere tutto il suo effetto, per la ragione che il creditore in questo caso è in buona fede. Egli à dovuto credere che il suo titolo era regolare: non si può imputargli alcuna controvvenzione alla legge: lo stesso debitore à dovuto essere in questa credenza, e la giustizia non permetterebbe ch'egli profittasse della falsità di una enunziazione che conoscerebbe dopo. D'altronde il terzo, sia creditore sia acquirente, che volesse invocar la irregolarità della iscrizione, lo farebbe in mala fede. Ed in vero, in quanto al suo interesse, basterebbe la conoscenza avuta della iscrizione per doversi mettere in guardia; e non toccherebbe a lui di giudicare del merito della iscrizione, relativamente alla falsità allora sconosciuta.

---

alla parola *Enregistrement* (droit d') §. 4. Metto una nuova confidenza nelle mie idee, dacch' esse combinansi con quelle di un sì profondo giureconsulto.

(Qualità richieste in un notajo stipulatore.)

19. Indipendentemente dalle formalità intrinseche ed estrinseche dell' atto, dalla legge richieste perch' esso produca ipoteche, bisogna pure essere attento perchè il notajo abbia tutte le qualità necessarie per stipulare. Bisogna, per esempio, che l' atto sia da lui stipulato nel circondario, nella cui giurisdizione la legge gli dà il dritto di stipulare: se uscisse da questi limiti, perderebbe il suo carattere di ufiziale pubblico: l'atto sarebbe nullo se non fosse sottoscritto dai contraenti, ed ove il fosse, varrebbe solo come scrittura privata (*a*). Ecco quel che si ricava dalla combinazione degli articoli 6 e 68 della legge del 25 *ventose* anno 11 (18 marzo 1803) corrispondenti agli articoli 1317 e 1318 ✳ 1271 e 1272 del Codice civile. Sulla incapacità de' notaj può consultarsi una decisione della Corte reale di Pau, degli 11 marzo 1811, riportata da ***Denevers an. 1812 page 68, au sup.*** la quale è giunta fino a dire che i notaj, nell'intervallo dalla pubblicazion della legge dei 25 *ventose* anno 11 (18 marzo 1803), fino alla prestazione del nuovo lor giuramento, non potevano continuare ad istrumentare nella loro antica giurisdizione, il che per altro non è senza controversia.

(*a*) Gli articoli 4, 5 e 6 della legge del 23 novembre 1819 sul notariato stabiliscono fra noi gli stessi principj. Solo si è ampliata la giurisdizione del notajo per tutta la provincia della comune di sua residenza.

§. 2.

Convenzioni nelle quali vi è o non vi è un'ipoteca acquisita che dia luogo alla iscrizione.

(L' ipoteca è modificata dall'obbligazione che la produce, in quanto ai suoi effetti, ed alla sua esecuzione.)

20. È facile il comprendere che l' ipoteca, per ciò che riguarda i suoi effetti e la sua esecuzione, si modifica a seconda delle modificazioni inerenti alla obbligazione che la produce. Vi sono delle obbligazioni, che contraggonsi in un modo assoluto, e la cui esecuzione dipende immediatamente dalla volontà del creditore. Ve n'ha di quelle esigibili dopo un termine stabilito. Finalmente ve ne sono altre sottoposte a condizioni di diverse specie, e l' ipoteca segue la sorte della obbligazione cui serve di garantia. Questa idea generale e vera è stata messa in evidenza da Neguzanzio, 2.° *memb.* 2.ª *par. numero 3*, seguendo le disposizioni delle leggi romane, e sopra tutto della legge *5 ff. de pign. et hypoth. Item praemitte quod hypotheca et obligatio bonorum potest interponi in quolibet contractu seu obligatione sive sit pura, sive in diem, sive conditionalis: et tam in contractu qui de presenti celebratur, quam etiam pro eo qui jam celebratus est, et tam pro toto debito, quam pro parte.* Dal che ben si ravvisa, che se vi sono difficoltà da conoscere e principj da sviluppare, vi sono per le obbligazioni ed ipoteche contratte con un termine, e sotto condizioni, ed anche meno per le prime che per le seconde: mentre l' obbligazione pura e semplice non è capace di alcuna osservazione.

(Dell' obbligazione a termine. Osservazioni particolari sulle obbligazioni contratte con semplici promesse.)

21. Quanto al termine accordato al debitore, a nulla monta che vi siano, o no, molti termini: l'ipoteca nasce nell'istante medesimo del contratto e da questo istante le si può dare efficacia colla iscrizione. Il termine non è una condizione, nè impedisce che l'obbligazione sia certa: il che è detto nella *leg. 1, ff. qui pot. in pign. Non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis.* Questa osservazione è così giusta, che non è meraviglia se si trova ripetuta in tutti gli autori antichi. Quindi si vede consegrata in termini precisi nell' articolo 1185 ✳ 1138 Codice civile. » Il termine è diverso dalla condizione in quanto non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda soltanto la esecuzione ».

Bisogna a questo proposito fare un' osservazione essenziale pel caso in cui si trattasse di una promessa con iscrittura privata, ed in cui il creditore sarebbe obbligato di far citare il debitore a riconoscere la firma onde avere un' ipoteca. Due arresti della Corte di cassazione, l'uno del 15 gennajo e l' altro del 17 marzo 1807, riportati da Denevers lo stesso anno pag. 114 e 154 avevan giudicato, in conseguenza della legge degli 11 *brumaire* anno 7 (2 novembre 1799) e dell'articolo 2123 ✳ 2009 del Codice civile, il quale non fa in questo caso niuna distinzione, che il creditore di una somma dovuta in forza di biglietto sotto firma privata, potea far citare il suo debitore per riconoscere la sua firma, anche prima della scadenza del termine, e ch'egli aveva un'ipoteca dal giorno della ricognizione. Ma il dì 3 settembre dello stesso anno 1807, fu emanata una legge, colla

quale venne prescritto, che quando vi era stata una sentenza sopra dimanda di ricognizione di obbligazione fatta con iscrittura privata, avanzata prima della scadenza ed esigibilità dell' obbligazione, non poteva esser presa alcuna iscrizione ipotecaria in virtù di quella sentenza, se non in mancanza del pagamento del debito dopo la scadenza ed esigibilità del medesimo, *purchè non vi sia stipulazione in contrario* (a). Quella legge contiene ancora due articoli relativi al caso in cui il debitore dee soggiacere alle spese del giudizio ed a quelle del registro.

Or ben si vede che quando la obbligazion si contrae a termine e con iscrittura privata, non si dee dimenticare, locchè non sarebbe necessario in un atto notariale, di convenirsi, se le parti consentono, che la ricognizione della obbligazione possa esser chiesta prima della scadenza del termine, o dell'epoca della *esigibilità*. Questa ultima espressione può intendersi del caso in cui il pagamento sarebbe soggetto ad una condizione.

Il motivo della legge si è, che in simile circostanza si presume, il debitore non aver voluto accordare ipoteca al suo creditore, tranne se alla scadenza del debito non fosse stato questo estinto: perchè cessi siffatta presunzione non vi vuol meno d'una stipulazione in contrario.

(Obbligazioni condizionali. Condizioni potestative e casuali.)

22. In ordine alle condizioni, cui l'obbligazione

(a) La disposizione di tale legge, che servì di una quanto necessaria altrettanto importante correzione all'artic. 2123 del Codice civile abolito, trovasi quasi ne' medesimi termini nell'articolo 2009 delle nostre LL. CC.

può essere subordinata, presentansi delle difficoltà che richiamano tutta la nostra attenzione. Nell'articolo 2132 ✻ 2018 si dice. « L'ipoteca convenzionale non è valida se la somma per cui fu convenuta non sia certa e determinata dall' atto; se il credito risultante dalla obbligazione è condizionale relativamente alla sua esistenza, o indeterminato pel suo valore, il creditore non potrà chiedere la iscrizione, della quale si parlerà appresso, se non sino alla concorrenza di un valore da lui espressamente dichiarato, e che il debitore avrà dritto di far ridurre, se vi sarà luogo.» Secondo questo articolo, si può ottenere ipoteca, e prendere iscrizione per una obbligazione condizionale *relativamente alla sua esistenza.* Ma si comprende a prima vista, che questo articolo non ha voluto ammettere l'ipoteca, ed autorizzar quindi la iscrizione per ogni obbligazione qualunque, soggetta a condizioni, dappoichè esso è concepito in senso restrittivo in quanto alla natura della condizione. Vi sono però diverse specie di condizioni. Le une annullerebbero l' obbligazione; le altre le farebbero sussistere dal giorno della data, ed altre infine rinvierebbero l' effetto dell' obbligazione e dell' ipoteca al giorno in cui l' avvenimento, oggetto della condizione, avrebbe luogo. Dal che si deduce la necessità di ricercare ed osservare queste diverse specie di condizioni.

Molti autori, con molta ampiezza, han trattata questa materia. Sarebbe util cosa il ridurre tutte le difficoltà ad una sola controversia infinitamente semplice. A ciò può pervenirsi se si è ben convinto dei principj che deggiono servir di guida. Ora, ecco la controversia: Sebben l' obbligazione sia condizionale, lega essa, o no, quegli che obbliga, dall' istante del contratto? L' ipoteca alla quale egli à consentito, avrà il suo effetto dal dì della seguita iscrizione, sebben l' obbligazione sia condizionale,

e la esecuzion di essa dipenda da un avvenimento incerto che può e non può aver luogo, purchè questo avvenimento non dipenda dalla volontà di lui. In altri termini; il contratto e l' ipoteca avranno il loro effetto *actu* se la condizione è meramente *casuale*, e non vi sarà nè obbligazione nè ipoteca s'è *potestativa* dal lato di una delle due parti; poichè in quest' ultimo caso, a parlar propriamente, non vi sarebbe obbligazione. Tal' è la conseguenza di ciò che leggesi nelle leggi romane, e di ciò che han detto Bartolo, Cujacio, e Neguzanzio al luogo citato; Basnage, *ch. 6 pag. 71 et 72 édit. de 1702 et ch. 11. pag. 122 123, et 125.; Domat, Lois civiles liv. 3. tit. 1.er sect. 1.re et suiv.* D' Héricourt, *de la vente des imm. ch. 11. sect. 2. n.° 17*, Pothier, *Introd. au tit. 20 de la Coutume d'Orl. ch. 1.r n.° 26 e 27.*

Quindi, se l' obbligazione è indipendente dalla volontà dell' una o dell'altra delle due parti; se interamente dipende dal *caso*, come si è detto nell' art. 1169 ✳ 1122 Cod. civ., la sua esecuzione è sospesa fino all' avvenimento: ma ove l' avvenimento succeda, e succeda nel senso che perfeziona la condizione colla quale l' obbligazione si è contratta, questa condizione verificata, à un effetto retroattivo al giorno dell' obbligazione e dell' ipoteca, s'è stipulata con ispecialità, come dev'esserla nel nostro sistema; ed allora l'iscrizione può prendersi dal momento medesimo che si costituisce l'ipoteca. È questa la testuale disposizione di molte leggi romane che offrono molti esempj di questa specie di condizioni; come particolarmente risulta dalle leggi *9 e 11 ff. qui pot. in pign. Cum enim semel conditio exstitit*, dicesi in quest' ultima legge, *perinde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine conditione, facta esset.* Basnage si spiega con molta precisione allorchè riassu-

mendo le disposizioni delle leggi, ed il sentimento degli antichi autori dice: « La condizione che dipende puramente dalla volontà de' contraenti, *sospende l' obbligazione* fino a che non siasi perfezionata; la condizione casuale *proroga soltanto l' effetto dell' obbligazione* ma non lascia per questo di essere interamente perfetta.....E per l' avvenimento della condizione, *l' obbligazione perfezionata ha un effetto retroattivo al tempo della condizione.* »

Negli atti antichi ò osservato che i notaj dicevano, nel caso in cui versiamo, che i beni di colui che si obbligava eventualmente, restavano affetti ed ipotecati *da ora per allora*, il che comprendea ed identificava le due epoche del contratto, e dell' avvenimento verificato. Questa clausola era un' applicazione pratica de' pricipj da me esposti. E mentre io l'avea nel mio pensiero, ò trovato che Neguzanzio ne fa conoscere tutta l' energia, *2. memb. 2. par. n.° 4 e 5 pag. 28 e 29 ediz. del 1683. Clausola* EX NUNC PROUT EX TUNC. Quindi egli n'esprime così il valore e l'effetto: *dicta verba* EX NUNC PROUT EX TUNC *operantur quod unum tempus videatur alteri inesse. Valet preasens tempus in futuro, et e converso, et ex quolibet dictorum temporum dici potest conventionem seu actum sumere initium.* È in questo senso che dee applicarsi l'articolo 1179 ✳ 1152 del Codice civile. » La condizione adempita ha un effetto retroattivo al giorno in cui fu contratta l' obbligazione. » Questo principio sembra che sia stato attinto da Domat, *lois. civ. liv.* 3 *tit. 1.*[r] *sect. 8 n.° 17*, che lo espone nel modo più lucido, e nel quale trovasi qualche addizione importante sulle conseguenze del principio medesimo. » Quindi, egli dice, il creditore potrà, prima che la condizione siasi verificata, vegliare alla conservazione del suo dritto, sia prevenendo le alienazioni frau-

dolenti, sia opponendosi alla spropriazione dei beni soggetti alla sua ipoteca, sia interrompendo una prescrizione contro ai terzi possessori.» Nelle note specialmente si scorge ciò che dee praticarsi in un giudizio d' ordine relativamente al credito sospeso da una condizione incerta; e quello ch' egli à detto a questo proposito, è ciò, che ora si pratica nei tribunali.

Ma se la condizione apposta all' obbligazione, invece di esser *casuale* è *potestativa*, allora non vi è obbligazione. Questa condizione non solo ne sospende la esecuzione, ma ne distrugge l' effetto, o almeno, come lo dice Basnage, giusta la frase da me rapportata, questa condizione sospende l' obbligazione fino a che non si sia perfezionata, poichè si conosce che le parti possono in seguito perfezionar l' obbligazione, modificando una simile condizione.

(Esempj di condizioni potestative.)

23. Ciò sarà meglio dilucidato da alcuni esempj. Io mi limito a due che attingo da Basnage. Tutto quello ch' io qui dico potrà sembrare a primo aspette troppo elementare: ma ciò non sarebbe giusto. Si tratta di una materia naturalmente metafisica, e, quando insorgono delle difficoltà, convien ricorrere agli elementi.

Relativamente al primo esempio, Basnage suppone che uno si obblighi in questi termini: *Se Tizio mi presta del denaro, consento che gli sia ipotecato il mio fondo*; e che prima di ricevere alcuna cosa da Tizio, egli contrae con Sempronio una obbligazione per certo danaro che Sempronio gli presta e sborsa. Basnage domanda, chi sarà preferito, Tizio o Sempronio? Ei dà la preferenza a Sempronio, che à sborzato il denaro prima di Tizio;

c si fonda sulla disposiaione della legge *11. ff. qui pot. pig. hab.* che per verità è precisa. La ragione si è, che seguendo l'esempio proposto dalla legge, Tizio potea non isborsare il denaro, poichè egli non vi poteva essere costretto, e che colui che avea data questa sorta d'ipoteca, poteva non esser costretto a prendere il denaro che Tizio avesse voluto sborsargli. Ora, niuno essendo obbligato da siffatta convenzione, non vi sarebbe stata obbligazione reale se non quando Tizio avesse sborsato il denaro; e l'obbligazione scritta nel tempo intermedio avrebbe prodotta un' ipoteca effettiva. Si può benanche consultare la legge *9 §. amplius ff, qui pot. in pign.*, e la legge *44. ff. quae res pign.* Una giudiziosa riflessione fatta da Domat, *Lois. civ. liv. 3 tit. 1.re sect. 1.re n.° 4*, conferma questa dottrina. « E d'altronde, ei dice, se l' ipoteca si acquistasse in questo modo, sarebbe facile, con un'obbligazione di simil fatta, defraudare i creditori da'quali in seguito potrebbe togliersi del denaro ad imprestito: » Sebbene adesso la pubblicità dell' ipoteca possa modificare questa riflessione, non è però meno vera nel senso che i creditori, o posteriori acquirenti, potrebbero opporre la nullità della prima obbligazione, e dell' ipoteca stipulata.

Basnage propone il secondo esempio in questi termini: « Se voi mi aveste promesso cento ducati quando voi andaste a Parigi, e che per la sicurezza della restituzione del vostro denaro io v' ipotecassi un mio fondo, e che prima che voi eseguiste il viaggio io contraessi altri debiti, quantunque dopo il vostro ritorno io ricevessi da voi il denaro promessomi, voi non avreste ipoteca dal dì della prima convenzione, ma dal dì della condizione adempita, poichè è in quest' epoca che l' obbligazione si è perfezionata, mentre prima dipendeva dalla vostra volontà il non prestarmi il denaro, non

potendovi io astringere ». Ben si vede in fatti che prima non vi era stata nè obbligazione, nè ipoteca: come positivamente si spiega Pothier al numero 205 del suo *Traité des obligations*, ed è in questo senso che deve intendersi l'art. 1174 ✳ 1127 del Codice civile così concepito. « Ogni condizione è nulla quando è stata contratta sotto una condizione potestativa per parte di colui che si obbliga ».

(Esempj di condizioni casuali.)

24. Sarebbe inutile il dilungarsi sugli esempj d' una condizion casuale. Questa condizione s' intende facilmente, e se ne trovan degli esempj presso gli autori. Io mi contenterò di dire che nella pratica non vi è nulla di più ordinario delle obbligazioni soggette ad una condizione casuale; tali sono le donazioni a causa di morte, o di matrimonio, una rendita vitalizia, somme determinate dopo la morte di una persona, e nel caso di sopravvivenza. Verificato l'avvenimento, l'ipoteca prende la data dal giorno dell' obbligazione, e non dal giorno dell' avvenimento.

Vi sarebbe ancora una condizione casuale, ove il debitore ipotecasse specialmente fondi diversi da quelli venduti per garantia della vendita in caso di evizione. Questa evizione verificandosi, l' ipoteca per la garantia risalirebbe al giorno dell'atto e l'iscrizione avrebbe il suo effetto da quello della data.

Poichè l' oggetto di quest' opera è d' indicare i mezzi di contrattare con sicurezza, e di preservarsi dalle negligenze che aver potrebbero dispiacevoli conseguenze, io credo dover osservare che, in questo caso, importa al venditore, se ciò è possibile, di limitare la durata della garantia ad un epoca

nella quale vi è certezza o probabilità che non vi possa essere più pericolo di evizione. Questa misura produrrebbe l'effetto di evitare l'inviluppo nel quale può avvolgere i beni del venditore, una garantia illimitata, e per la quale le iscrizioni potrebbero essere rinnovate di continuo, di dieci in dieci anni. Se la garantia convenuta con ipoteca sopra beni diversi dai venduti, deriva dalle iscrizioni ipotecarie che gravitano su i beni venduti, e che, giusta la convenzione, l'acquirente sarebbe obbligato di sopportare, almeno fino a che i creditori iscritti lo costringessero a purgarli, si suole ordinariamente stipulare che siffatta garantia cesserà, e che l'iscrizione ipotecaria presa dall'acquirente sarà radiata, quando quelle de' creditori sui fondi venduti saran tolte.

(Condizioni miste. Condizioni dipendenti dalla volontá d'un terzo.)

25. Basnage, autore profondo su questa materia, ma che non vi ha messo molto metodo, dopo di essersi spiegato sulle obbligazioni condizionali, nel *capo 12 pag. 273 ediz. del 1702*, torna a parlarne, ed, alla sfuggita, somiglia senz' altra spiegazione, la condizione mista alla casuale. « La regola di anteriorità, egli dice, à luogo così per le obbligazioni pure e semplici che per le condizionali, allorchè la condizione è *casuale e mista* e che non dipende dalla *sola* volontà del debitore: in questo caso essa à un effetto retroattivo al giorno del contratto ». Egli cita due leggi, ove non si parla di condizione *mista*, ma di condizione *casuale*. Questo autore à detta una verità: ma qui divengono necessarie alcune riflessioni per renderla intelligibile, e per far conoscere come può applicarsi. Onde ciò riesca convien sapere ciò che s' intende per condizione *mista*.

Pothier, *des obligations n.° 201*, l'avea così definita, « quella che dipende dal concorso della volontà del creditore, e della volontà di un terzo come la seguente: *se voi sposate la mia cugina.*» Il Codice civile art. 1171 ✳ 1124 la definisce in questi termini. « La condizione mista è quella che dipende nel tempo stesso, dalla volontà di una delle parti contraenti e dalla volontà di un terzo ». Queste due definizioni sono differenti, almeno in quanto alle circostanze che si possono presentare, e nelle quali fa d'uopo di ricorrere ai principj. *La volontà del creditore* non è la stessa cosa della *volontà di una delle parti contraenti.*

Effettivamente, la condizione può riferirsi ad un fatto che sarà considerato, come l'avvenimento da cui dipende la sorte dell'obbligazione, ed accaderà sovente che, onde il fatto esista, vi sia bisogno della volontà di una delle parti contraenti, e della volontà di un terzo, e che questa parte contraente sia quella che, giusta l'avvenimento od il fatto, avrebbe dovuto pagare la somma, o riceverla. Ora, riflettendovisi, si è convinto che chiunque sia delle parti contraenti, la cui volontà debba concorrere con quella di un terzo per l'adempimento di un fatto ch'è l'oggetto della condizione, questa condizione, sebben *mista* per la necessità del concorso de' voleri, non è meno una condizione *casuale*, e fin d'allora l'obbligazione contratta sotto questa condizione, e l'ipoteca che ne deriva, esistono dal momento stesso dell'obbligazione, e non dal giorno dell'adempimento del fatto, o della condizione, salvo sempre la risoluzione dell'obbligazione, secondo che il fatto, o l'avvenimento succeda, o non succeda. Talchè la definizione data dal Codice civile è preferibile a quella di Pothier. La definizione data da questo autore potrebbe non presentare idee nette,

mentre tale definizione, come vedesi al num. 214 à rapporto piuttosto alle disposizioni gratuite condizionali, che alle convenzioni ordinarie, sottoposte anch' esse a condizioni; e sarebbe facile lo smarrirsi se si applicassero le stesse regole a queste due cose, che derivano da principj diversi.

Tutto questo dipende dalle circostanze, che variano infinitamente, e non se ne può citare che qualche esempio. Se *Mevio* si obbligasse, stipulando un' ipoteca speciale, di pagare a *Tizio* una somma, che questo si obbligherebbe di restituirla nello stesso modo, a condizione che *Sempronio* farebbe una società di commercio con *Tizio*; in questo caso io son di avviso che, facendosi la società, essa avrebbe un effetto retroattivo al dì dell' obbligazione, che l' ipoteca si acquisterebbe dal giorno dell' obbligazione medesima, e che l' iscrizione avrebbe effetto dal momento in cui sarebbesi presa. Non di meno, sotto un certo rapporto si potrebbe dire che vi è condizione *mista*, poichè il contratto di società non può farsi senza il concorso della volontà di *Tizio* e *Sempronio*: ma ben si ravvisa che in questo caso, *Tizio* non ha contrattato, nè agito in modo, come se l'esecuzione del suo impegno dipendesse dalla sua sola volontà. È unicamente nel suo interesse che ha dovuto aver luogo la società con *Sempronio*. Se questa società si verifica, basta a *Tizio* di darne conoscenza a *Mevio*, e da siffatta società non risulta un nuovo contratto. Il già fatto sussiste in tutto il suo vigore. In una parola l' obbligazione non dipende dalla sola volontà di uno de' contraenti.

Da quel che si è detto appare, e con maggior ragione, che l' ipoteca si acquista del pari dal momento della obbligazione quando essa dipende dalla sola volontà di un terzo. Allora la condi-

zione può venir paragonata alla condizione *casuale*. È contrario all' essenza dell' obbligazione, dice *Pothier, des obligations, num.* 205 ch' essa dipenda dalla pura e sola volontà di colui che si suppone averla convenuta: ma essa può dipendere dalla pura e sola volontà di un terzo. Ecco perchè io posso contrarre validamente l' obbligazione di dare o di fare qualche cosa, *se una certa terza persona vi consente.* Egli fondasi sulla legge 43 e 44 *ff. de verb. oblig.*

(Casi in cui non vi è, propriamente parlando, condizione, ma reciprocanza di obbligazioni.)

26. Credo che, stando ai principj da me esposti, è difficile d' ingannarsi sull' applicazione. Se questi principj si fossero ben valutati, non si sarebbero viste delle difficoltà in taluni casi, e particolarmente in due, intorno ai quali due autori si son divisi di opinione.

Il signor Persil, *régime hypothécaire*, sull'articolo 2114 ✳ 2000 del Codice civile, numero 3, presenta questa ipotesi. « Un banchiere apre un credito a favore di uno de' suoi corrispondenti, fino alla concorrenza di una determinata somma: ma esige ed ottien da lui un' ipoteca. Questo banchiere prende immediatamente la sua iscrizione, e prima di avere realmente somministrata parte alcuna della somma messa a disposizione del suo corrispondente. Quest' ultimo fallisce, e sollecita gli altri creditori ad opporsi a siffatta ipoteca. Tale opposizione potrà fondarsi sul motivo di non esservi stata realmente un' obbligazion principale per parte del corrispondente fino a che non avesse riscosso il denaro, e fatto uso del credito apertogli dal banchiere; e che questa obbligazione non può nascere se non nel giorno ch' ha preso il denaro

dalla cassa di quest'ultimo, e che diviene realmente suo debitore, e contrae l'obbligo di restituir le somme ch' egli à ricevute»?

Il signor Merlin, *questions de droit*, alla parola *Hypothèque* §. *3*, eleva la quistione in questi termini. « Qual'è l'effetto della iscrizione ipotecaria presa da *Tizio* per un contratto innanzi notajo tra lui ed un manifattore, in forza del quale si è obbligato di fornire a questo dei generi grezzi, che il manifattore dal suo canto si è obbligato di fabbricare per conto di *Tizio*, ipotecandogli un suo fondo per sicurezza dei generi, fino alla concorrenza della somma determinata? Questa iscrizione dà a *Tizio* un dritto d'ipoteca a contar dal giorno in cui è stata presa? e deve avere il suo effetto nel caso che il manifattore, abusando dei generi fornitigli e il cui valore non risulta che dalla corrispondenza delle parti, o dai loro registri, ne dispone come cosa sua propria»?

In ambo i casi, l'ipoteca dee risalire al giorno stesso della obbligazione e l'iscrizione dee avere il suo effetto dal dì della data. Nel primo caso, il banchiere che apre il credito, è obbligato a fornirne l'ammontare a piacere del suo corrispondente: nel secondo caso chi dà i generi ed il manifattore hanno vicendevolmente il dritto di reclamare la esecuzione del contratto, poichè la convenzione non fu fatta che colla idea di una pronta esecuzione. Lo scioglimento della quistione trovasi nella legge: *Qui dotem ff. qui pot. in pign.* Questa legge suppone che un particolare à ricevuta un'ipoteca per una somma che egli si è obbligato di pagare, e questa obbligazione sia stata accettata: essa quindi suppone, che prima che colui, il quale dovea pagar la somma, abbia realizzato il pagamento, quello col quale à contrattato, dia ipoteca ad un altro, e che solo dopo quest' obbligo il primo creditore adem-

pia a ciò che avea promesso; la legge decide che anche in questo caso il primo obbligo abbia il suo effetto in preferenza del secondo. Quale n' è la ragione? Perchè, come dice Mornac su questa legge, in seguito di Baldo e Bartolo, vi era un' obbligazione costante ed assoluta, mercè cui l' uno dovea dare, o pagare, l' altro dovea ricevere: il che ritorna ai principj da me esposti. *Tempus contractae obbligationis spectandum*, dice Bartolo, *non autem tempus solutionis seu numerationis, quando non est in potestate debitoris pecuniam non accipere.* Baldo si esprime del pari colla stessa certezza, facendo dipendere egualmente la data dell'ipoteca dal dì del contratto, e non da quello del pagamento; quando vi è obbligazione reciproca, e quando la esecuzione di questa obbligazione non dipende dalla volontà dei contraenti. Io osserverò pure che non vi è altra ragione che attribuisca l'ipoteca ad un affitto dal dì della stipula, sebbene l' affitto non cominci che molto dopo, giacchè, come dice d' Héricourt *ch. 11. sect. 2. n.° 17.* l' affittatore non può dispensarsi dall' eseguire il suo affitto giusta l' obbligo contratto. Vi è una obbligazione reciproca dall' istante del contratto, e fin d'allora è perfetta,

Il sig. Persil si era deciso, e ragionevolmente, per la validità dell' ipoteca dal momento della obbligazione. Il sig. Merlin aveva adottata una opinione opposta relativamente alla sua ipotesi, che era ciò malgrado capace della stessa decisione, ma egli si avea procurato il merito di rivenire da questa opinione nella 2.ª *ediz. Recueil des Quest. de droit.* Un' obbligazione condizionale, ei dice, può essere iscritta all' ufficio delle ipoteche, come una obbligazione pura e semplice: la legge degli 11. *brumaire* anno 7 (1.° nov. 1799) non lo vieta, e l' art. 2132 ✳ 2018 del Cod. civ. lo permette for-

malmente. D' altronde quando la somma per la quale vien data ipoteca non fosse determinata dal contratto, l'ipoteca non sarebbe meno capace d'iscrizione, richiedendola fino alla concorrenza di un valore dichiarato dal richiedente, salvo il dritto di riduzione, a tenore dell'indicato articolo 2132*2018; ed in fine il sig. Tarrible adotta assolutamente le mie idee in un articolo del *Répertoire de jurisprudence*, di cui è l'autore, alla parola *Hypothèque sect. 2. §. 3. art. 6. n.° 3.* dove dà alcuni nuovi esempj. (1)

(Siegue la discussione sulle obbligazioni condizionali)

27. Non di meno è da farsi attenzione ad una osservazione colla quale il sig Merlin nelle *Quest. de droit.* alla parola *Hypothèque*, termina la sua discussione. » Senza dubbio, ei dice, *Tizio* che somministra i generi, non potrà in seguito far valere la sua iscrizione, se non documentando con atti autentici ch' egli ha realmente somministrato al manifattore i generi che questo si è obbligato di

---

(1) Dopo aver così trattata la quistione, ho letto in *Denevers* anno *1813 pag. 33 al supp.* una decisione della Corte reale di Caen, degli 11 agosto 1811 che à giudicato uniformemente alla opinione da me adottata, come pure l' arresto della Corte di cassazione che rigetta il ricorso. L' arresto della Corte di cassazione è riportato nella stessa raccolta anno *1814 pag. 247* È vero che queste decisioni, sono state rese sulla prima ipotesi: ma i principj si applicano del pari alla seconda. Devo ancora osservare che in seguito della decisione della Corte di Caen, il decisionista presenta alcune osservazioni contro alla decisione: ma dopo averle attentamente esaminate, la decisione mi è sembrata conforme non solo ai principj dell' antica, che della novella legislazione.

lavorare per di lui conto. Senza dubbio, nè i suoi libri, nè quelli del manifattore, nè la loro corrispondenza potranno a questo riguardo servir di prova contro ai terzi: ma almeno s' egli può dimostrare le sue somministrazioni con atti *autentici*, non gli si potrà opporre la mancanza d'iscrizione di quest' atto all' ufficio delle ipoteche. »

Il sig. Merlin ammette il principio che la iscrizione d'ipoteca, presa anche prima della consegna, deve avere il suo effetto: ma vuole che in questo caso la consegna de' generi costi da atti *autentici*. Il sig. Persil è dello stesso avviso intorno al modo di documentare la rimessa dei fondi, che deve esser fatta nella sua ipotesi. Or questa opinione può non esser vera in ambi i casi, nel senso d'una assoluta necessità. Le circostanze possono influire moltissimo, come sempre avviene in fatto di frode, sul grado di confidenza che deve aversi ne' libri rispettivi, specialmente quando son tenuti in regola: la massima generale che sembra risultare dagli articoli 1329 e 1330 ✱ 1283 e 1284 del Codice civile, e dall'art. 12 ✱ 24 del Codice di commercio, che i libri de' mercanti fanno fede solo tra loro, e per gli oggetti soltanto relativi al medesimo genere di commercio; questa massima, io dico, è capace di modificazione nelle due specie di cui trattiamo, giusto perchè *vi* è una iscrizione d'ipoteca. Ed in vero qual' è l' effetto di questa iscrizione? Di far conoscere a colui che in seguito volesse prestare ad uno contra del quale vi è una iscrizione, ch' esiste un' ipoteca la quale vincerà la sua. Se malgrado questo avvertimento, uno contrae con un particolare, non può più presumersi in buona fede, o almeno può venire accusato d' imprudenza, e, nel dubbio, tutto dee interpetrarsi contro a colui che à questa taccia. Bisogna lasciare al debitore, che ha accordato l' ipoteca, la cura di dimandarne

la radiazione, o la riduzione, ed il terzo che presta il denaro ha poco buona causa quando prende su di se la cura di discutere la validità di un'ipoteca già esistente. Ben si comprende che secondo i principj del dritto romano, il quale aveva l'ipoteca occulta, l'ultimo creditore che aveva un interesse legittimo, perchè poteva essere ingannato, era in dritto di far discutere ed esaminare un'ipoteca precedentemente stabilita; ma questo caso non è più lo stesso nella nostra legislazione che ammette la pubblicità dell'ipoteca; ed a questo proposito noi dobbiamo osservare che questa pubblicità deve dare, in generale, alle idee, una direzione diversa da quella ch'avea luogo anticamente. Del resto, ben si comprende che la cura di far costare per mezzo di atti autentici la rimessa de' fondi e la consegna dei generi, a misura che si effettuiscono, è il partito più certo: noi intendiamo dire soltanto che la mancanza di siffatta precauzione non menerebbe sempre seco la decadenza dall'ipoteca che risalirebbe dal dì della iscrizione.

(Un creditore iscritto per una obbligazione condizionale, non può nulla reclamare al di là della valutazione fattane.)

28. Io dò fine a quello che doveva dire sull'ipoteca condizionale con una importante osservazione. Il creditore che, giusta l'art. 2132 ✻ 2018 del Codice civile, à preso iscrizione con una valutazione approssimativa, essendo il suo credito indeterminato, non può chieder nulla al di là della valutazione fattane, almeno a fronte degli altri creditori, e dell'acquirente. Con siffatta valutazione l'iscrizione diviene un contratto fra essi ed il creditore che à presa tale iscrizione. Così, e con molta ragione, è stato giudicato da una decisione della Corte di appello di Liegi, il 24 agosto 1809, come

può vedersi nella Raccolta di Denevers *an. 1810 pag. 100 au suppl.*

(Del mandato.)

29. Quel che si è detto si applica egualmente al mandato scritto innanzi notajo, col quale il mandante sarebbesi obbligato a pagare le indennità o salarj, le spese o le anticipazioni del mandatario, dando per esse speciale ipoteca. Sarebbe indifferente se fosse o no determinata la somma, salvo in quest' ultimo caso di prendere la iscrizione per un valore determinato, e dichiarato giusta il prescritto dall' art. 2132 ✳ 2018 del Codice civile.

Stante i principj sviluppati nei numeri precedenti, il mandante si obbliga realmente e nel suo interesse, ed il mandatario si obbliga di eseguire il mandato. La mancanza di esecuzione per la parte del mandante, può ben dar luogo all' azione de'danni ed interessi contra di lui: egli potrebbe rivocare il mandato, per la facoltà che gli dà legge: ma fino a che non sia rivocato, l'obbligazione sussiste ed ha una giusta causa. È sulla fede di tale obbligazione che il mandatario à dovuto incomodarsi e far delle anticipazioni; fin d' allora egli à potuto benissimo prendere le sue precauzioni per assicurarsi del ricupero di esse, sullo stato delle fortune del mandante, all'epoca del mandato, poichè questa fortuna potrebbe diminuire in seguito. Forse accadrebbe non di rado che il mandatario non potrebbe prendere le sue precauzioni nell' istante medesimo nel quale comincerebbe ad anticipare le spese necessarie per la esecuzione del mandato, il che avrebbe luogo se per eseguire il mandato fosse costretto ad allontanarsi molto dal luogo ove sta il mandatario.

Il mandante può anch' egli prendere iscrizione su i beni del mandatario per la sicurezza delle som-

me ch' esso esigerà in forza del mandato, purchè l' atto che lo costituisce contiene l' obbligo dell'ipoteca per parte del mandatario. In questo caso si può decidere colle ragioni medesime che militano pel caso opposto. Se anticamente vi à potuto essere qualche difficoltà a questo riguardo, queste difficoltà spariscono, posta mente allo spirito dell' art. 2132 * 2018 del Codice civile, ed alla pubblicità dell'ipoteca, che, come ò detto, è sfavorevole pel terzo che contratta in pregiudizio di una iscrizione già conosciuta, e che pare come se volesse comprare il dritto di muover lite a questa iscrizione.

(**Riflessioni generali sulle obbligazioni condizionali. L' ipoteca dev' esser sempre certa.**)

30. Del rimanente io non pretendo di aver quasi esaurito tutto ciò che potea dirsi sugli effetti delle obbligazioni condizionali: io non l' ho neppur tentato. Nel dritto non vi è forse materia più estesa di quella delle condizioni, allorchè si vuol considerare sotto tutt' i suoi rapporti, e non ve n' ha forse una più delicata, e più ingegnosa. Ciò non nasce solo dalla infinita varietà delle condizioni, anche quand' esse appongonsi soltanto alle obbligazioni: ma nasce da nuovi punti di veduta sotto i quali convien considerare le condizioni, allorchè sono apposte alle disposizioni gratuite, come l'ho già fatto vedere. Si potrà, a seconda delle circostanze, consultar gli autori, che, come Pothier, si sono particolarmente versati a trattar delle condizioni. I modi variano infinitamente; molti che sembran simili, menano a conseguenze differentissime; altri che a primo aspetto pajono opposti, producono poi gli stessi effetti. Ho dovuto restringermi nel mio argomento, ed ò creduto che mi bastava di presentare colla maggiore preci-

sione possibile, i principj generali dai quali si possono agevolmente dedurre le conseguenze.

Ma a tutto quello ch' io dir doveva sulle obbligazioni condizionali, aggiugerò una riflessione che vale per tutte; ciò è che qualunque sia la condizione, cui l' obbligazione e l' ipoteca son soggette, è sempre indispensabile che l' ipoteca colpisca specialmente e direttamente un determinato fondo: a questo riguardo non vi dev' essere veruna incertezza; l' oggetto dell' ipoteca convien che sia determinato e sicuro, e per conseguenza anche quello della iscrizione. Tal' è l' effetto della specialità: l'ipoteca dee conoscersi per mezzo della iscrizione, come se fosse certa e stabile al pari di tutte le altre ipoteche, fino a che colui che n'è gravato ne ottenga la radiazione a danno del creditore iscritto. Sarebbe infinitamente pericoloso per quest' ultimo il lasciar de' dubbj sulla esistenza e fermezza dell' ipoteca, sia nel modo col quale è costituita, sia nella iscrizione che dev'esserne l'imagine fedele. Vi dev'essere a questo proposito una certezza tale che, o il debitore, o i terzi interessati non possano ingannarsi sul fondamento e sull' effetto dell' ipoteca, e sull' oggetto della iscrizione.

Perchè l' idea si concepisca più facilmente, supporrò il caso in cui un debitore, per lo stesso credito, volesse ipotecare un immobile *principalmente* ed un altro immobile *sussidiariamente*, talchè nel caso in cui disponesse del primo, potesse domandare che la iscrizione che lo affligeva si radiasse, e che l'ipoteca si trasferisse unicamente ed intieramente sul secondo. Questa non è precisamente una obbligazion condizionale, con la stipulazione d' ipoteca, di cui ò già parlato, la esecuzione della quale è indipendente dalla volontà delle parti contraenti, e che deve aver luogo secondo che un avvenimento incerto, avvenga o no; ma queste due specie di condizioni

debbono ravvicinarsi, ed una decisione relativa ad una di esse deve servir di guida per l'altra.

La Corte di cassazione, il 5 dicembre 1809, rese un importante arresto su questo assunto, *Denevers an. 1809 pag. 503*. La specie dell'arresto ed i suoi motivi son troppo estesi perch' io possa qui letteralmente riferirlo. Io mi contenterò di dire che per la sicurezza di una rendita di 1200 franchi, costituita con donazione fra vivi dal sig. Bavoux alla sua sposa, fu detto nell'atto, che tale rendita si sarebbe assegnata *specialmente* e *limitativamente* sopra una casa di proprietà di Bavoux, sita in Parigi, strada Lepelletier, e *sussidiariamente* sopra un'altra casa dello stesso Bavoux, sita in Parigi, strada Rochechouart, *la quale ultima ipoteca non si sarebbe verificata se non nel caso in cui il sig. Bavoux vendesse la prima casa.* L' atto contenea che il sig. Bavoux avrebbe allora la libertà di liberarla dall' ipoteca da cui doveva esser gravata per la iscrizione che avrebbe presa la signora Bavoux, *assicurandone l' ipoteca* sia sulla casa strada Rochechouart, sia sopra un' altra casa patrimoniale d'un valore e d' una rendita certa, ed assicurata.

Sono osservabili i termini coi quali la signora Bavoux prese iscrizione: essa la prese sulla casa, strada Lepelletier, e soggiunse: Con facoltà di trasferir l'ipoteca sopra una casa sita in Parigi, strada Rochechouart, nel caso in cui il sig. Bavoux vendesse la prima casa.

Dopo molte particolarità per le quali me ne riporto all' arresto, accadde che il sig. Bavoux, per disordine de' suoi affari, ipotecò, ed anche vendè ambe le case; e la sig. Bavoux si trovò senza speranza pel suo credito, stante la maniera colla quale si era iscritta. La sua iscrizione fu dichiarata dover essere priva di effetto, perchè non aveva realmente ipoteca *speciale* risultante dalla donazione

se non sulla casa alla strada Lepelletier, salvo il trasferirla sulla casa alla strada Rochechouart, o sopra altro immobile del donante, nel caso previsto; che quindi la decisione da cui era reclamo, accordando alla signora Bavoux un' ipoteca sulla casa alla strada Rochechouart, in forza della donazione, aveva violata apertamente la legge che non accorda ipoteca convenzionale se non sul fondo *specialmente* ipotecato coll' atto; che indarno la signora Bavoux avrebbe presa iscrizione cumulativa su tutt' e due le case, non potendosi prendere legalmente che per un' ipoteca *specialmente* convenuta; ch' essa non avea neppur presa cumulativamente la iscrizione sulle due case, mentre nel fatto, ella si era limitata nella sua iscrizione *alla facoltà di trasferirla* sulla casa alla strada Rochechouart; e che la legge non accorda l' effetto della iscrizione ad un atto, che contiene solo la *riserba di una semplice facoltà d' inscriversi*, tanto più ch' essa vuole una iscrizione formale e positiva, la quale manca, per non essersi, questa *semplice facoltà*, realizzata in seguito; che d' altronde essa non avrebbe potuto esserlo, se non quando l' ipoteca sulla casa Lepelletier sarebbesi cancellata, mentre solo allora avrebbe potuto avere effetto, colla iscrizione, l' ipoteca sulla casa alla strada Rochechouart. La Corte di cassazione à opinato, che giudicandone diversamente, la Corte reale aveva violati gli art. 2 3 e 4 della legge degli 11 *brumaire* anno 7 (1 novembre 1799), la quale in fatto d'ipoteca convenzionale non riconosce tranne quella ch' è speciale, ed è accompagnata dalla iscrizione. Ben si ravvisa che quest' ultimo motivo s' applica ancora alle disposizioni ipotecarie del Codice civile.

Questa decisione può sembrar rigorosa; non di meno, stando ai principj, sarebbe difficile dimostrare che è senza fondamento, tenendo sempre per

fermo che, a parlar propriamente, non vi era stata iscrizione ipotecaria particolare sulla casa alla strada Rochechouart. Il tribunale di prima istanza, e la Corte reale aveva stabilito per fatto che l' iscrizione presa dalla signora Bavoux, e riportata negli atti, cadea del pari tanto sulla casa Lepelletier quanto su quella Rochechouart. Ma questa asserzione non era facile a giustificarsi.

Io debbo far osservare che vi era un mezzo facilissimo di prevenire la difficoltà per la quale la signora Bavoux andò a soccumbere: questa era di stipulare l' ipoteca *speciale* sopra ambe le case, colla facoltà di prendere iscrizione su tutt' e due e di convenire con una clausola particolare ed espressa, che in un certo caso, che doveva enunziarsi, l'ipoteca sopra l' uno de' due immobili cesserebbe; che si avrebbe potuto domandare la radiazione dell'iscrizione presa sopra questo immobile, e che l' ipoteca e la iscrizione graviterebbero sull' altro immobile. Si sa quanto la redazione delle clausole influisce sull' effetto delle convenzioni, e che sovente una redazione difettosa le annulla contro l' intenzione e l' interesse delle parti. Quest' ultima riflessione ha luogo per tutte le obbligazioni ed ipoteche condizionali secondo la natura delle convenzioni.

§. 3.°

Di coloro che posson dare ipoteca. Ratifica di atti nulli.

(La facoltà d' ipotecare è una conseguenza di quella di alienare.)

31. Mi son finora occupato delle formalità che debbono rivestir necessariamente gli atti perchè sian validi, e producano ipoteca. Ben si conosce che tale validità dipende ancora da molte altre cause.

L' obbligazione e l' ipoteca saran valide o nulle secondo la capacità ed incapacità delle persone che contraggono, e secondo che i fondi che s' ipotecheranno, saranno oppur no capaci di esserlo. Ci troveremo, per esempio, in quest' ultimo caso, se si trattasse d' ipoteche che si volessero far cadere sopra cose che non sono in commercio, o che, sebbene di proprietà di colui che accorda l' ipoteca, per loro natura non sarebbero capaci di essere ipotecate.

Nel paragrafo primo della terza sezione del presente capitolo parlerò delle cose incapaci di essere ipotecate, ora non devo parlare che della incapacità relativa alle persone.

Cade qui in acconcio di stabilire un principio che può considerarsi come fondamentale, e dal quale derivano moltissime conseguenze. Il principio è che la facoltà d' ipotecare è assolutamente una conseguenza della facoltà di alienare; cosicchè colui che dalla legge è privato della facoltà di alienare, è privato egualmente di quella d' ipotecare. L' una è la conseguenza dell' altra. Le leggi romane e francesi han sempre paragonata l' ipoteca all'alienazione. Sta detto nella legge *1.ª ff. quæ res vel pign: Eam rem quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest.* Nella legge *9 Cod. de pign. et hypoth.* Si legge: *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.* Il che à fatto dire a Dionigi Gotofredo su questa legge: *Quæ expressim vendi, ea pignorari et hypothecari possunt.* Questi principj si eran trasfusi nel dritto francese, ed applicavansi così alle cose, come alle persone. Quindi Basnage. *Traité des hypothéques ch. 3 n.º 3* seguendo tutta l' antica legislazione, ha detto: » Poichè coloro soltanto che possono liberamente disporre dei loro beni, possono anche ipotecarli; ne

siegue, che le ipoteche costituite da persone che non avevan questo potere, *sono di niun effetto.»* al num. 4 stabilisce più particolarmente questa somiglianza fra l'interdizione di alienare e quella d'ipotecare. Si comprende che l'ipoteca non opera il trasferimento della proprietà: malgrado l'ipoteca il fondo è tuttavia del debitore. *Pignus remanet in bonis debitoris*, dice la legge *Pignus* Cod. *de pign. acti.*; ma non è men vero che la sola ipoteca impressa sopra un fondo, può, in mancanza di pagamento, menare alla vendita forzata, ed in fine all'alienazione. Laonde è massima che: *Per hypothecam pervenitur ad alienationem.* Finalmente la dipendenza della facoltà d'ipotecare, rispetto a quella di alienare, è consecrata come principio fondamentale nell'art. 2124 ✳ 2010 del Codice civile.» Non possono, dice l'articolo, contrarre ipoteche convenzionali, se non coloro che hanno la capacità di alienare gl'immobili che vi sommettono. »

Quantunque quel ch'io ho detto sembri semplicissimo, pure sarebbe facile l'ingannarsi sul modo d'intenderlo, s'io qui non facessi una riflessione, di cui si sentirà tutta l'importanza.

Ho pur detto che la facoltà d'ipotecare dipende da quella di alienare, ma ciò non vuol dire, e ci vuole altro, che la facoltà di obbligarsi sia subordinata a quella d'ipotecare e quindi a quella di alienare. Una cosa è la semplice obbligazione, ed un'altra l'ipoteca. Vi sono de' casi in cui taluno può contrarre delle obbligazioni da avere effetto sulle sue rendite o su i suoi mobili: ma non può ipotecare i suoi immobili, che soli sarebbero capaci d'ipoteca, e molto meno può venderli. Quindi, come lo dirò fra non molto, i minori e le donne maritate, secondo le diverse circostanze in cui rattrovansi e che sono indicate dalla legge, possono obbligarsi, gravare le loro rendite e i loro mobili:

e ciò non ostante non possono vendere ed ipotecare, senza le formalità volute dalla legge. Vi è dippiù: la stessa persona può ipotecare alcuni dei suoi beni, e non alcuni altri, come avrò motivo di far conoscere nel progresso dell' opera; talchè la facoltà di obbligarsi e quella d' ipotecare e di vendere, non sono correlative.

Colui che non può obbligarsi senza contrarre un' obbligazione nulla, non può neppure ipotecare, giacchè l' ipoteca è l' accessorio di un' obbligazione. Ma colui che può obbligarsi non può ipotecare, mentre per aver la facoltà d' ipotecare, bisogna che si abbia quella di alienare, ammenocchè la legge non faccia un'eccezione a questa regola. Quindi, principio generale, non vi è propriamente correlazione che tra la facoltà di vendere e quella d' ipotecare.

(Di coloro che non possono ipotecare.)

32. Bisogna dunque conoscere le persone che sono nella incapacità legale di alienare, e per conseguenza d' ipotecare. Ora, sebbene ciò sembri facile in seguito delle disposizioni del Codice civile, non di meno è necessario di fare alcune osservazioni per formarsi idee giuste sopra alcuni casi d' incapacità.

Questa incapacità riguarda le donne maritate, i minori, gl' interdetti, e quelli che, senza essere interdetti, sono sotto la cura di un consulente giudiziario: questa incapacità riguarda benanche gli amministratori dei beni degli assenti.

(Delle donne maritate; e di quelle che vivono nella regola della comunione de' beni.)

33. In quanto alle donne maritate, convien da prima fare una distinzione tra quelle maritate colla

regola della comunione, e quelle maritate colla regola dotale. Le prime hanno più libertà delle seconde. Questa differenza nasce dalla natura dei principj stabiliti per queste due regole. Può vedersi quel ch'io dico su questa differenza, e sugli effetti e vantaggi rispettivi di tali due regole, nel capitolo terzo, sezione prima.

Su questo assunto vi è un articolo molto importante, e che per ben intendersi à bisogno di esser ben meditato. Parlo dell'articolo 217 ✳ 206 del Codice civile. Ivi è detto: « La donna, ancorchè non sia in comunione, o sia separata di beni, non può donare, alienare, ipotecare, acquistare a titolo gratuito, o oneroso, senza che il marito concorra all'atto, o presti il suo consenso in iscritto » (*a*). Questo articolo non potrebbe esattamente applicarsi, secondo i diversi casi, se non si combini cogli articoli che compongono i *cap. 2 e 3 del tit. del contratto di matrimonio.* E primieramente allorchè l'articolo dice *la donna ancorchè non sia in comunione*, non bisogna conchiuderne che abbia inteso di parlar pure d'una donna maritata *colla regola dotale.* La ragione è che una donna può non essersi maritata colla regola dotale, ed intanto non essere neppure, a parlar propriamente, in comunione di beni. Ed in fatti l'articolo 1530 suppone una clausola colla quale i due sposi si maritino senza comunione: gli articoli seguenti ne regolano allora gli effetti. L'articolo 1536 suppone la clausola di separazione di beni stipulata nel contratto del ma-

---

(*a*) L'articolo 206 delle nostre leggi civili contiene ancora un'eccezione a questa regola per la donazione fatta dalla moglie ad alcuni de' figli comuni o procreati da lei con altro antecedente matrimonio, senza l'autorizzazione del marito.

trimonio; ed intanto nè l'una, nè l'altra di queste due clausole costituisce la donna nella regola dotale: si è di ciò convinto sol che si consultino gli art 1391, 1392, 1393 e 1529 (*a*). In fine lo stesso articolo 217 ✻ 206 parla della incapacità della donna non in comunione, o separata di beni di donare, alienare, ipotecare, ed acquistare a titolo gratuito ed oneroso senza il consenso del marito: ma non si dice nulla sulla facoltà di obbligarsi per parte della donna. Ora, ella à questa facoltà, ovvero n'è priva, secondo i diversi casi indicati dalla legge negli articoli che bisogna combinare coll'articoli 217 ✻ 206. In ultimo analisi qual'è il risultato di questo articolo? Il legislatore ha voluto stabilire un principio generale, e che diviene una specie di regolatore sull'effetto delle obbligazioni contratte dalle donne maritate. Il principio è, che qualunque sia la latitudine che il Codice civile dia alle donne relativamente alle obbligazioni che possono contrarre, queste medesime obbligazioni debbono sempre esser soggette all'autorizzazione del marito, e se in questo articolo si serba il silenzio sulla semplice facoltà di obbligarsi, ciò deriva perchè i casi ne' quali è giusto che la donna possa obbligarsi senza il consenso del marito, sono specialmente previsti dalla legge: il che particolarmente accade quando l'obbligazione si contrae da una donna separata di beni e che l'obbligazione non affligge i beni dotali. La necessità dell'autorizzazione del marito è stabilita nell'interesse della moglie, e per vedute morali. Fa d'uopo che il marito possa invigilare sulla con-

(*a*) Tutti gli articoli citati in questo numero sono stati tolti, ovvero riformati dalle nostre leggi civili, ed il ragionamento dell'autore divien per noi inutile.

servazione dei beni della sua sposa, ed ogni acquisto d'immobili fatto dalla moglie, ovvero ogni donazione che le si facesse, deve avere un'origine conosciuta. Queste idee si attingono dalla discussione fatta nel Consiglio di stato, sull' articolo 217 ✱ 206. *Confér. du Cod. civ. tom.* 2, *pag. 108 et 109.*

Laonde, venendo alle obbligazioni che le donne maritate possono contrarre con ipoteca, nel cap. 2 del titolo del contratto di matrimonio si vede che in generale quelle che sono maritate colla regola della comunione, hanno la capacità di obbligare, ipotecare, ed anche alienare i loro beni dotali, ma coll' autorizzazione dei loro mariti. Qui mi basta di dire generalmente, che ogni volta che la legge accorda la facoltà di alienare, questa facoltà virtualmente importa la facoltà d' ipotecare, sebbene la facoltà d'ipotecare non sia una conseguenza di quella di alienare. Quindi, per esempio, negli articoli 1535 e 1537 non si parla che della facoltà di alienare. Ora è manifesto, dopo i principj stabiliti, che questa facoltà contiene in se quella d' ipotecare: ma le condizioni imposte, e le formalità prescritte per l' alienazione sono sempre comuni alla facoltà d' ipotecare.

(Donne maritate colla regola dotale.)

34. Veniamo alle obbligazioni delle donne maritate colla regola dotale. Queste, a differenza di quelle che sono in comunione di beni, non partecipando degli effetti dell' economia, e dei frutti de' lavori ed industrie de' loro mariti, la legge le à compensate vegliando particolarmente alla conservazione de'loro beni dotali. È perciò ch' elleno hanno minor libertà relativamente alla facoltà di alienare ed ipotecare. L' articolo 1554 ✱ 1367 che à per

oggetto la regola dotale, dichiara che gl'immobili costituiti in dote non possono alienarsi, nè ipotecarsi durante il matrimonio, nè dal marito, nè dalla moglie, nè da entrambi unitamente salve l'eccezioni che seguono. Queste eccezioni trovansi negli articoli 1555, 1556, 1557 e 1558 ✳ 1368, 1369, 1370 e 1371 del Codice civile.

Basta osservare che ne'casi contemplati negli articoli 1555 e 1556 ✳ 1368 e 1369 trattasi di poter donare per parte della moglie, coll'autorizzazione del marito, per la collocazione dei figli: ma la donazione essendo una vera alienazione, ne siegue, che la moglie, nei medesimi casi, ha la facoltà di obbligarsi ed ipotecare i suoi beni dotali. L'obbligazione con ipoteca può avere lo stesso effetto della donazione, in quanto all'oggetto propostosi dal legislatore, e può essere più utile alla moglie secondo lo stato e la circostanza della sua fortuna. Del pari nel caso previsto dagli articoli 1557 e 1558 ✳ 1370 e 1371 si vede accordata soltanto la facoltà di alienare, e, stante il rapporto ch'esiste fra l'alienazione e l'ipoteca, la facoltà di alienare contiene quella d'ipotecare: mentre la sola obbligazione con ipoteca, che dovrebbe sempre farsi colle stesse formalità, tranne non di meno la formalità dell'incanto pel caso previsto dall'art. 1558 ✳ 1368, può produrre in favor della moglie lo stesso effetto, ed anche con maggior vantaggio.

Ma, oltre i casi enunziati negli articoli 1557 1558 ✳ 1370 e 1371, la moglie non può ipotecare i dritti dotali mobiliari, come non può obbligare i beni dotali immobiliari.

In ordine alla capacità di obbligarsi per parte della moglie, si era elevata controversia affin di sapersi se la proibizione di obbligare i suoi beni, vivendo colla regola dotale, anche coll'autorizzazione del marito, tranne i casi eccettuati dalla

legge, dovesse militare pe' beni mobili dotali, come pe' beni immobili della stessa natura: ma l'affermativa non incontrò ostacoli. Nella regola dotale tutto tende alla conservazione della dote, e quindi tutto ciò ch'è dotale dee rimanere intatto in favor della moglie e de' figli. Tutti i beni dotali di qualunque natura essi siano, danno lo stesso risultamento, e divengono egualmente l'oggetto della legge, secondo lo spirito della regola dotale. Mi contenterò d'indicare a questo riguardo alcuni arresti. La Corte di cassazione, con un arresto del primo febbraio 1819, à deciso che valesse per una femmina maritata col regime dotale stabilito dal Codice civile, il principio ch' emana dalle leggi romane, e ch'è stato in tutt'i tempi seguìto nei luoghi regolati da queste leggi, vale a dire che la dote mobiliare è vincolata dalla stessa inalienabilità che vincola la dote immobiliare. Essa à giudicato in conseguenza che l'obbligo solidale contratto nella regola dotale da due sposi, non può, dopo la separazione dei beni, sperimentarsi sulla dote della moglie, sebbene tale dote consista in una somma di denaro. Un altro arresto della stessa Corte del dì 28 giugno 1810, avea già deciso, coi medesimi principj che una donna maritata in paese di dritto scritto, non poteva, sotto l'impero del Codice civile, ed in un paese anticamente consuetudinario, in cui il marito aveva trasferito il suo domicilio, rinunziare in vantaggio dei creditori del marito, all' ipoteca acquistata su i di lui beni per le somme ch' eranle state costituite in dote.

Finalmente due decisioni della Corte reale di Limoges, l'una del 18 giugno 1808 e l'altra degli otto agosto 1809, giudicarono che non si poteva ottener condanna contra donne maritate colla regola dotale, e separate di beni, per og-

getti loro somministrati, e ch' eran ceduti in vantaggio dei mariti e de' figli. Vi erano circostanze favorevolissime per legittimar tali imprestiti. Non di meno, il rigor de' principj, poichè queste donne non erano autorizzate nè a vendere nè ad ipotecare, fece pronunziar la nullità delle condanne, e delle iscrizioni ipotecarie ch' eran state prese su i loro immobili dotali. Queste decisioni sono assolutamente uniformi ai principj relativi alla inalienabilità di siffatti beni. Ma deve osservarsi che tali due decisioni fan supporre, che l' ipoteca nascente dalle sentenze di condanna rese contro le mogli, potrebbero rimanere infisse su i beni estradotali che loro appartengonsi. (1)

Onde rimaner convinto che l' inalienabilità de' beni dotali colpisce i mobili e gl' immobili, basta riflettere agli articoli 1540 1541 e 1542 * 1353 1354 e 1355. Da essi evidentemente deriva, che contraendosi colla regola dotale, tutt' i beni della moglie, sien mobili, sieno immobili, son dotali. L' articolo 1554 * 1367 parla solo degl' immobili dotali: ma perchè? Perchè allora il legislatore volea solo occuparsi della proibizione di alienare e d' ipotecare, il che principalmente riguarda i beni immobili. Ma non è men vero, che stando allo spirito ed alla economia generale della legge, la dote, ancorchè mobiliare, deve, al pari della immobiliare, restare intatta per vantaggio della moglie in esclusion del marito, che non può appropriarsela, nè indirettamente nè direttamente, giacchè la moglie non potrebb' esserne compensata colla partecipazione dei beni acquistati dal marito durante il matrimonio.

(1) Sulle quattro decisioni da me citate veggasi Denevers an 1819 pag. 129; an 1810 pag. 357; an 1809 pag. 11 et Sirey an 1809, 2. partie pag. 387.

Le regole però son diverse in ordine ai beni parafernali, che principalmente hanno luogo nella regola dotale, e che sono di un'altra natura. La moglie può alienare questi beni, disporne, ed ipotecarli se sono immobili, previa l'autorizazion del marito, articolo 1576 ✳ 1389. La necessità di questa autorizzazione è una conseguenza dell'articolo 217 ✳ 206, e di ciò che ò detto nel numero precedente, ragionando su questo articolo.

(Della moglie separata di beni.)

35. Nella regola della comunione, la moglie, quantunque separata di beni, non può alienare, e quindi obbligare ed ipotecare i suoi immobili senza l'autorizazion del marito, o negandosi, senza quella del giudice. È questa la disposizione contenuta nell'articolo 449 ✳ 572. La separazione de' beni in questa regola, non cangia per nulla la capacità della moglie: essa la investe solo dell'amministrazione de' suoi beni. Ma i legami del matrimonio non cessan per questo di sussistere, e sempre, giusta il principio stabilito nell'articolo 217 ✳ 206, la moglie separata di beni è soggetta, almeno per quel che riguarda la disposizione della sua proprietà, all'autorizazione del marito.

Ha dovuto destar sorpresa il vedere, nella regola dotale, sorgere la pretenzione che la moglie separata di beni potesse alienare ed ipotecare i suoi fondi dotali coll'autorizazion del marito. Siffatta opinione era molto erronea. Dopo la proibizione assoluta pronunziata dall'articolo 1554 ✳ 1367 che regola particolarmente i dritti della moglie nel sistema dotale, essa non poteva più sostenersi. La proibizione esiste in tutt'i casi, o che la moglie sia separata di persona e di beni, o solo di beni, o che separazione alcuna non vi sia: l'au-

torizzazione del marito nella regola dotale, non facultа la moglie, in niun caso, ad alienare o ad ipotecare i suoi beni dotali. Ciò che aveva dato luogo all'errore è la disposizione contenuta nell'articolo 1449 ✱ 1413 che applicandosi agli effetti della separazione, sia di beni e di persona, sia di beni solamente, vuole che la moglie così separata possa alienare i suoi immobili o coll' assenso del marito, o coll'autorizzazione giudiziale. Ma questo articolo 1449 ✱ 1413, sotto al rapporto della inalienabilità degl'immobili, si riferisce alla regola della comunione; ed è, per questa parte, assolutamente straniero alla regola dotale, nella quale la libertà di disporre per parte della moglie, è regolata unicamente dall' articolo 1554 ✱ 1367. Siccome nella regola della comunione la moglie non può alienare o ipotecare i suoi beni senza l' autorizzazion del marito, così il legislatore à temuto che non si credesse che la separazione di persona o di beni la emancipasse da siffatta autorizzazione, e quindi dichiara il contrario nell' articolo 1449 ✱ 1413. Ma, seguendo l' analogia ch' esiste tra l' art. 1449 ✱ 1413, e l' articolo 1554 ✱ 1367, il poter della moglie, nella regola della comunione, non si accresce per effetto della separazione, e nella regola dotale, malgrado questa stessa circostanza, la moglie non acquista maggior libertà. L'articolo 1563 ✱ 1376, trovasi nel capitolo che parla della regola dotale; con esso si dice che se la dote sia in pericolo, la moglie può dimandare la separazione de' beni, siccome è detto nell' articolo 1443 ✱ 1407 e seguenti, i quali comprendono l' articolo 1449 ✱ 1413, dal che si deduce che quest' ultimo articolo riguardava, tanto il caso della regola dotale quanto quello della comunione.

Ma tale modo di ragionare era viziosissimo. Il legislatore coll' articolo 1563 ✱ 1376 rinviando all'

articolo 1443 ✳ 1407 e seguenti, à solo avuto di mira quello che riguardava le formalità della separazione di beni sulle quali non ha voluto ripetere le stesse cose; ma non si può supporre che abbia voluto applicare alla regola dotale gli effetti della separazione indicati nella regola della comunione. Non essendovi stata dichiarazione espressa per la regola dotale, ciò ch'è stabilito nell'articolo 1554 ✳ 1367 relativo solo a questa regola, è assoluto. Questo è lo spirito di tutta la nuova legislazione, conforme per questa parte all'antica, e specialmente alla legge 29 *Cod. de jur. Dot.* la quale è precisa. Quindi la donna maritata nella regola dotale, separata o no, non può alienare, nè ipotecare i suoi beni dotali, anche coll'autorizzazione del marito, salve l'eccezioni stabilite dalla legge. Quel che dee dileguar tutt'i dubbj insorti su questa controversia è un arresto della Corte di cassazione del 19 agosto 1819 che così à giudicato. *Denevers lo stesso anno pag. 503.* Si troveranno i veri principj sull' assunto sia nella dispositiva dell'arresto, sia nello sviluppo luminoso che presenta la decisione della Corte reale di Rouen, avverso del quale vi fu ricorso, sia infine nelle osservazioni fatte dall'autore della Raccolta.

Rimane a fare una osservazione sulla facoltà di obbligarsi, in ambe le regole, della moglie separata, in quanto alle sue rendite ed ai suoi mobili. Giusta la seconda parte dell' articolo 1449 ✳ 1413 ella ne può liberamente disporre. Quantunque in questo caso non si tratti della facoltà d'ipotecare, poichè questi oggetti non sono capaci d' ipoteca, ma di una semplice facoltà di obbligarsi, pure giova il dirne una parola, essendosi elevate delle dispute a questo riguardo. L'articolo 1449 ✳ 1413 non si trova nel capitolo della regola dotale, ma in quello della comunione. Ciò

non di meno si dee supporre che anche nella regola dotale sia concessa alla moglie separata la stessa facoltà. La ragione è semplicissima: vi è identità di motivi per ambe le regole. Nell'una e nell' altra la separazione de' beni ritira dalle mani del marito l'amministrazione de' beni della moglie, cui viene attribuita. Ecco l' origine della facoltà data alla moglie di disporne liberamente. Su questo oggetto i nuovi principj son conformi agli antichi.

Ad onta di ciò vi possono essere delle circostanze in cui l' utile della moglie e sua famiglia esigerebbe ch' ella fosse inceppata nella libertà di disporre de' suoi beni mobili, o di obbligarli, specialmente se derivano dalla sua dote mobiliare. Se la moglie fosse proclive a sciuparli, sarebbe questa una sventura pe' suoi figli. Siffatto sciupo potrebbe anche esser di pregiudizio al marito. Ciò avverrebbe in due casi: nel primo, perchè, in forza dell' articolo 1448 * 1412 la moglie, sebben separata di beni, dee contribuire in proporzione delle sue facoltà, tanto alle spese domestiche che a quelle della educazione della prole comune; nel secondo perchè avrebbe potuta essere accordata al marito una sopravvivenza sui beni della moglie, che svanirebbe se ella avesse la facoltà di dissiparli. Quindi, secondo l' antica giurisprudenza di certi tribunali, nel tempo stesso che si pronunziava la separazione dei beni, si ordinava un utile impiego del denaro dotale della moglie, i frutti del quale spettavano ad essa. Il Codice civile non à potuto portar tanto in là le sue precauzioni a questo riguardo. Ma niente impedisce, che in simili casi la prudenza de' tribunali vi supplisca o di uffizio, ovvero sulla richiesta del marito, della moglie, o del Procurator Regio.

O' viste delle decisioni che a norma delle cir-

costanze hanno ordinate tali precauzioni. La Corte reale di Riom, prima camera civile, in una decisione del 29 agosto 1821, colla quale ordinò una separazione di beni, annullando una sentenza de' primi giudici, pronunziò la seguente disposizione. « E non di meno, attesochè è conveniente per vantaggio del matrimonio, di provedere perchè la signora......(la cui separazione di beni erasi ordinata) non possa dissipare le somme che le potran pervenire dalla sua dote mobiliare, la Corte ordina ch' ella non possa esiger le somme a lei dovute sulla eredità materna, come quelle che potrebbero spettarle per qualunque altra successione che a lei ricadrebbe, se non coll'obbligo di farne un utile e sicuro impiego, colla facoltà di esigerne le rendite, quale impiego, sarà fatto coll' intelligenza del consiglio di famiglia, convocato ne' modi ordinarj. *Sirey 1820 2 part. p. 310* ed un arresto della Corte di cassazione del 24 luglio 1821. *Denevers lo stesso anno pag. 449.*

(Della moglie ch' esercita pubblica mercatura.)

36. In quanto alla moglie ch' esercita pubblica mercatura, per assegnare la misura degli obblighi che può contrarre, bisogna combinare l' art. 220 ✳ 209 del Codice civile, cogli articoli 5 e 7 ✳ 9 e 11 del Codice di commercio.

L' artic. 4 ✳ 8 del Codice di commercio dichiara che la donna maritata non può esercitare pubblica mercatura senza il consenso del marito. Si comprende che tale consenso dev' essere consegnato in un atto autentico, poichè, come vedremo, la moglie dichiarata pubblica mercantessa può in un caso obbligare anche suo marito. Nell' articolo 220 ✳ 209 del Codice civile si dice, che la moglie esercitando pubblicamente la mercatura può senza

l' autorizzazione del marito contrarre obbligazioni per ciò che concerne il suo negozio; e nel detto caso ella obbliga anche il marito se vi è comunione fra essi. La stessa disposizione è contenuta nell' articolo 5 ✻ 9 del Codice di commercio: ma la disposizione dell' articolo 7 ✻ 11 dello stesso Codice è osservabile. Ivi si dice che le donne maritate ch'esercitano mercatura pubblica, possono impegnare, ipotecare ed alienare i loro beni stabili, e poi soggiunge: « Ma i loro beni dotali non possono essere ipotecati, nè alienati, fuorchè ne'casi determinati e colle forme stabilite nel Codice civile ».

La discussione che fece il Consiglio di stato su questo articolo fa conoscere che siffatta disposizione modificativa vi fu inserita per ispiegare il senso dell' articolo 220 ✻ 206 del Codice civile. Quest' ultimo articolo presentava tale latitudine in ordine alla capacità della donna maritata esercente pubblica mercatura, che si temette potersene inferire la facoltà in lei di potere ipotecare ed anche alienare i suoi beni dotali. Ma l' importanza di questi beni, ed il favore che accordar bisogna alla loro conservazione, hanno fatta eguagliare, la moglie ch'esercita pubblica mercatura, alle altre donne maritate per ciò che riguarda i beni dotali, e la capacità di obbligarsi per parte della prima si è ristretta agli altri suoi beni diversi dai dotali, salvo, riguardo a questi ultimi, le formalità richieste dalla legge, ove siavi necessità di venderli.

(Dei minori.)

37. In quanto ai minori, bisogna distinguere l'emancipato dal non emancipato. Il minore non emancipato non ha mai facoltà d' ipotecare i suoi beni. *Pupillus*, dicesi nella legge 1.ª ff. *quae res*

pign., *sine tutoris autoritate hypothecam dare non potest.* Per conseguenza egli non può vendere, nè contrarre alcuna sorta di obbligazione: egli non può essere rappresentato che dal suo tutore. Non di meno i suoi immobili possono essere ipotecati, anche convenzionalmente, o con ispecialità: ma ciò può avvenire soltanto col mezzo di un tutore, ne' casi previsti, e colle formalità prescritte dall'articolo 457 ✳ 380 del Codice civile e seguenti, e dall' articolo 2126 ✳ 2012. Allora tutto quello ch' è stato fatto con queste formalità dee riguardarsi come se fosse stato fatto dallo stesso debitore nella sua maggiore età giusta l' articolo 1314 ✳ 1268 del Codice medesimo. Secondo l' articolo 2126 ✳ 2012 i giudizj resi contro ai tutori, imprimono la stessa ipoteca su i beni dei minori, che quelli resi contro ai maggiori.

Intorno al minore emancipato, dalla combinazione degli articoli 481 483 e 484 ✳ 404 406 e 407. risulta che, sebbene ei possa da se solo fare atti di pura amministrazione, non bisogna per ciò conchiudere, che all' occasione di questi atti, egli anche possa da se solo prendere a mutuo, alienare, e quindi ipotecare senza le formalità prescritte per gl' imprestiti dall' articolo 483 ✳ 406. e senza quelle prescritte per l' alienazione, e conseguentemente per l' ipoteche dall' articolo 484 ✳ 407. Gl' imprestiti e, sopra tutto, le alienazioni e le ipoteche sono atti di un altro genere, e molto più importanti di quelli relativi alla semplice amministrazione. Le obbligazioni per questi ultimi atti possono cadere su i mobili, e sulle rendite degl' immobili, ma non mai sugl' immobili stessi senza le formalità volute dagli articoli 483, e 484 ✳ 406. e 407. Tal che si può dire che la nostra legislazione intorno ai minori emancipati è simile all' antica. In Francia si avea come una massima, che il

minore emancipato potea disporre de' suoi mobili e delle rendite de' suoi immobili; ma non poteva alienare, nè ipotecare gl' immobili senza le formalità richieste in simili casi pei minori non emancipati. A questo proposito si può consultare Argou *Institut. au droit. franç. tom. 1. liv. 1. ch. 8. pag. 64 édit. de 1753;* et Pothier *Introduct. au tit. 9 de la coutume d' Orléans §. 4. num. 23*, come pure il suo commentario all'articolo 181 della stessa consuetudine. In questo articolo e nelle osservazioni di Pothier trovansi i veri principj antichi, e che sono assolutamente conformi a quelli dedotti dagli articoli 481 483 e 484 ✱ 404 406 e 407 del Codice civile. Ma in ordine al modo ed ai casi di restituzione de' minori emancipati per le obbligazioni da essi contratte, l' antica giurisprudenza era vacillante; laddove l' articolo 481 ✱ 404 del Codice offre a questo riguardo una stabile legislazione.

(De' minori emancipati commercianti.)

38. I principj concernenti il minore emancipato commerciante attingonsi dall' articolo 487 ✱ 410. del Codice civile, e dagli articoli 2 e 6 ✱ 6 e 7 del Codice di commercio. Nell' articolo 487 ✱ 410 del Codice civile dicesi che il minore emancipato ch' esercita un traffico, è considerato maggiore pe' fatti relativi al traffico stesso. Questo articolo contenea soltanto la indicazione di un principio che avea bisogno di essere adattato e che lo fu realmente allorchè il legislatore si occupò del Codice di commercio. L' articolo 2 ✱ 6 di questo Codice à prescritte alcune formalità la cui osservanza è indispensabile per far che il minore emancipato possa esser considerato agli occhi della società, come commerciante, ed obbligarsi effettivamente per quel che concerne siffatta qualità. La disposi-

zione dell' articolo 6 ✳ 7 merita di fissar la nostra attenzione. » I mercanti di età minore, autorizzati come si è detto di sopra, possono obbligare ed ipotecare i loro beni stabili. Essi possono anche alienarli, ma seguendo le formalità prescritte negli articoli 457 ✳ 380. e seguenti del Codice civile. » (a)

Se l' osservanza delle formalità enunziata nella seconda parte di questo articolo si riferisce solo alle alienazioni, e se la facoltà d' ipotecare si ammette che vada esente da tali formalità, ne risulterà una specie di antinomìa col principio da me stabilito nel num. 31, che la facoltà d' ipotecare, cioè, è correlativa a quella di alienare, tal che la seconda non esistendo, non dovrebbe esistere neppur la prima: principio che si desume dall' articolo 2124 ✳ 2010 del Codice civile. Sembra strano che un minore mercante possa per cagione del suo commercio ipotecare i suoi beni stabili, da se, e senza l' inceppamento di veruna formalità, mentre poi non potrebbe venderli senza siffatte formalità: e mentre le ipoteche, nelle loro conseguenze produr possono gli effetti medesimi delle alienazioni. La facoltà d' ipotecare presenta anche maggiori inconvenienti; da poicchè vi si è portato con più facilità, per non ravvisarvisi da prima il pericolo che offre la vendita, la quale a primo aspetto dà l' idea di uno spoglio.

Ma il ragionamento dee cedere alla precisa disposizione di una legge. Ora, non si può non ravvisare nell' articolo 6 ✳ 7 del Codice di commercio, come eccezione al principio generale, che il

---

(a) Coll'articolo 7 delle attuali leggi di eccezioni, questa restrizione è stata ragionevolmente abolita. Il minore commerciante può anche vendere i suoi beni stabili senz' alcuna delle formalità prescritte dal dritto civile.

mercante di età minore può da se e liberamente ipotecare i suoi beni stabili; ma non può alienarli senza le prescritte formalità. La tessitura dell' articolo mena necessariamente a questa idea; giacchè nel modo ond' è concepito e diviso nelle sue parti non può l' osservanza delle formalità applicarsi indistintamente alla facoltà d' ipotecare enunziata nel primo paragrafo, ed a quella di alienare che forma l' oggetto del secondo paragrafo. D' altronde questa intenzione si scorge nella maniera colla quale si espresse il signor Jard. Panvilliers, oratore, nel suo rapporto al tribunato: » Essi (cioè la moglie ch' esercita pubblica mercatura, ed il minore commerciante) possono obbligarsi per ciò che concerne il loro commercio: la moglie obbliga anche suo marito se vi è comunione di beni fra essi. Eglino possono ipotecare i loro stabili, ed anche *venderli* coll' eccezioni però, e colle formalità prescritte nei casi determinati dal Codice civile per l' alienazione de' beni *dei minori*, e de' *beni dotali* delle mogli. » È impossibile di non ravvisare in ciò una facoltà illimitata accordata al mercante di età minore per quel che riguarda l' ipoteca, ed un inceppamento per l' osservanza di alcune formalità, solo per ciò che riguarda l' alienazione. L' oratore del governo non dà idee molto precise perchè si possa stabilire una opinione sulla maniera colla quale si esprime.

Ma la facoltà accordata al minore di poter divenire commerciante è meglio regolata nella nostra legislazione di quel che il fosse nell' antica. Nell' articolo 6 del titolo 1. dell' ordinanza del 1673 si fu contento di confermare a questo proposito un' antica giurisprudenza che considerava, anche come maggiore, per le operazioni di commercio, il minore emancipato che era commerciante: ma non si veggono formole stabilite, ond' ei potesse senza gravi inconvenienti avere il titolo di commerciante. Poteva

assumerlo per volontà sua, congiunta con fatti di commercio. Osserverò ch' è sempre utile, che il minore emancipato, commerciante, il quale si obbliga avanti notajo per operazioni relative al suo commercio, il che importa in favor del creditore la facoltà di prendere una iscrizione ipotecaria, dichiari *che il denaro tolto ad imprestito sarà impiegato in questo commercio.* Jousse sull' articolo pocanzi citato dell' ordinanza del 1673, ne fa una specie di necessità, affinchè in caso di controversia, colui che presta non venga obbligato a far la prova dell' impiego. Non corre la stessa necessità per un semplice biglietto *valuta ricevuta contanti* che far potrebbe il minore. Questo autore indica benanche delle precauzioni da usarsi per casi di alienazioni che far potrebbe il minore commerciante de' suoi beni stabili, onde impiegarne il prezzo nel suo commercio, o per pagare ciò che dovrebbe. Ma quello che questo autore dice a questo proposito è divenuto inutile dopo le formalità prescritte per la facoltà di alienare dall' articolo 6 ✳ 7 del Codice di commercio.

Egli è agevol cosa il comprendere che tutti gli articoli da me citati intorno ai minori emancipati o commercianti, si applicano alle minori emancipate, che sarebbero autorizzate a trafficare, conformemente all' articolo 2 ✳ 6 del Codice di commercio. Parrebbe anche che le stesse disposizioni legislative dovessero applicarsi al minore emancipato, che come artigiano sarebbe autorizzato ad esercitare un' industria. Sembra che questo sia lo spirito dell' articolo 3 ✳ 6 del Codice di commercio, e quel che lo farebbe supporre è la circostanza che l' articolo 1308 ✳ 1262 del Codice civile mette allo stesso livello, in ordine alla restituzione in intero, contra le obbligazioni contratte, il minore commerciante, ed il minore artigiano per ragion della sua arte.

(Degl' interdetti e di coloro che hanno un consulente giudiziario.)

39. In quanto agl' interdetti ed a coloro ai quali, per causa di debolezza o di prodigalità, dassi un consulente giudiziario, basta rimandare, pei primi agli articoli 509 e 2126 ✳ 432 e 2012. del Codice civile che gli eguaglia interamente ai minori, vale a dire, ai minori non emancipati, e pei secondi, agli articoli 499 e 513 ✳ 422 e 436 dello stesso Codice. Eglino son tutti obbligati per l'ipoteca convenzionale accordata dai tutori pei minori o per quelli che ànno un consulente giudiziario, colle formalità richieste, e nella stessa guisa come se avessero data ipoteca essendo maggiori, o prima che avessero avuto un consulente giudiziario. Tutto questo risulta dall'articolo 1314 ✳ 1268.

(Delle ipoteche sui beni degli assenti.)

40. Mi rimane ora a parlare delle ipoteche che colpiscono i beni degli assenti. Nell' articolo 2126 ✳ 2012. del Codice civile si dice, che i loro beni, *durante il possesso deferitone ad altri*, *soltanto provvisionalmente*, non possono essere ipotecati se non per le cause, e nelle forme stabilite dalla legge, ovvero in forza di sentenze. Poichè questo articolo include nella sua disposizione, in un modo compendioso che mena all' oscurità, gli assenti, i minori e gl' interdetti, potrebbe credersi a prima vista, che coloro fra i parenti degli assenti, ai quali il possesso provvisionale è deferito in vigor dell' articolo 128 ✳ 134, potrebbero, relativamente ai beni di questi assenti, ipotecarli, come il farebbero i tutori dei minori e degl' interdetti, osservando le formalità prescritte a questi: ma ciò sarebbe un errore. L' articolo 2126 ✳ 2012. si dee riferire, per ciò che riguarda gli assenti, all' articolo 128 ✳

134. Ora in questo articolo si dice: » Non potranno alienare, nè ipotecare i beni stabili dell' assente coloro i quali non li possederanno che a titolo d' immissione provvisionale. » Questa disposizione è indefinita ed assoluta: essa, senza modificazione o distinzione, importa il divieto ai parenti, che sono stati immessi nel provvisionale possesso, di non alienare, od ipotecare i beni dell' assente. Che deriva da ciò? Che i parenti non possono consentire ad un' ipoteca convenzionale su i beni degli assenti, anche colle formalità richieste perchè i beni dei minori e degl' interdetti vengan sottoposti a questa ipoteea dai loro tutori; in guisa che il solo scampo pei creditori degli assenti è riposto nell' ottener delle sentenze conformemente all' articolo 134 ✳ 140, contra coloro i quali saranno stati messi in possesso de' beni. Tali sentenze imprimeranno su i beni un' ipoteca giudiziaria, poichè questi beni sono sempre passivi per siffatta ipoteca. Il che è stato giudiziosamente osservato dal signor Tarrible nel suo articolo del *répertoire de jurisprudence* del signor Merlin alla parola *Hypothèque sect. 2. §. 3. article 6. n.° 2*, e dal signor Favard nel suo *Traité des hypothèques* pag. 15 et 16.

(Conclusione di ciò che si è detto sull' incapacità d' ipotecare. Osservazioni su i casi di nullità.)

41. Dopo quel che si è detto, si giudicherà facilmente in quale caso le stipulazioni delle ipoteche per parte di coloro che non hanno il pieno esercizio de' loro dritti, saranno, o no, valide. Bisogna osservare che le ipoteche consentite da persone le quali si trovano in questa circostanza, saranno nulle, quando non si troveranno nei casi ne' quali la legge le dichiara valide, o che queste ipoteche non si fossero assoggettate alle formalità ch' essa prescrive, sebben la legge non pronunzii espressamente la pena

di nullità. Non è qui che invocar deesi la regola che le nullità non si suppliscono, e ch' esse non han luogo di pieno dritto. La ragione n' è che gli articoli da me citati sono concepiti in termini proibitivi, *non può*, *non possono* e che così concepiti importano la nullità di quello ch' è stato fatto contro alle loro proibizioni, giusta il sentimento di Dumoulin, così conosciuto, e ch' egli dà sulla legge *1. ff. de verb. oblig. num. 2. Particula negativa, præposita verbo* POTEST, *tollit potentiam juris, et facti, designans actum impossibilem.* Dumoulin in vero dice bene dicendo che questa regola non è sempre rigorosamente osservata. Egli spiega, *sur la Coutume de Paris gloss. 3 in verbo* PEUT, alcuni casi nei quali la regola dee modificarsi. Ma sarebbe inutile di entrar qui in discettazione su questo proposito: basta dire, che, seguendo lo stesso Dumoulin, le parole *non può* contengono una proibizione assoluta, e quindi nullità di ciò che sarebbesi fatto contro al divieto, sempre che trattisi, come nel caso attuale, d' una controversia sulla quale la legislazione è di sua natura proibitiva. Egli non ammette eccezione, se non *quando materia non est de se prohibitiva.* Può consultarsi anche quello ch' ei dice su queste parole, *non è permesso* della consuetudine locale di Menat in Auvergne.

Devesi anche osservare che giusta l'art. 1125 ✳ 1079 del Codice civile, le persone capaci di obbligarsi non possono opporre l' incapacità del minore, dell' interdetto, o della donna maritata, coi quali abbiano contrattato. Era pur questa la giurisprudenza antica, e la ragione n' è semplicissima. Ciò ch' è introdotto in favor di una persona, non può essere rivolta contro di essa; e la disposizion della legge cessa, quando quelli in favor dei quali la nullità è pronunziata, vogliono rinunziarvi. Ma sarebbe ben diverso se il contratto fosse infetto di

una nullità che attaccherebbe la sostanza dell' atto, come quella risultante dal dolo, dall'errore, e dalla violenza, e da ciò ch' è contrario ai buoni costumi, o se l'atto fosse nullo per vizio di forma, che lo annullerebbe nella sua essenza, di maniera che dovesse considerarsi l' atto come non esistente. Sarebbe allora il caso d' invocar la massima, *quod nullum est*, *nullum producit effectum*. La nullità assoluta o radicale, escluderebbe ogn' idea di nullità semplicemente relativa.

(Effetti della ratifica di atti nulli. Principj generali)

42. Ma qui sorgono delle difficoltà ch' è indispensabile di esaminare per aver nozioni chiare sull' assunto. Le persone che han contratte delle obbligazioni, e che hanno stipulate ipoteche, ad onta del divieto fatto dalla legge per la incapacità in cui erano, possono in seguito, ricuperata ch' abbiano la capacità di contrarre liberamente, ratificare le ipoteche primitive, a favor di coloro verso i quali si eran promesse, o de' loro eredi; e se, fra gli atti primitivi e le ratifiche, vi siano state altre obbligazioni contratte, converrà esaminare la sorte di queste obbligazioni; il che dipenderà dalla quistione, se la ratifica avrà un effetto retroattivo alla prima ipoteca, in modo da renderla valida dal dì medesimo in cui fu data, o se, al contrario la ratifica non dà effetto a questa prima ipoteca se non dal dì della ratifica. Ben si scorge l' enorme differenza che può derivarne in ordine all' interesse di coloro che hanno contrattato nel tempo intermedio della data del contratto e della ratifica.

Siffatta quistione è stata trattata da un gran numero di autori antichi (1). L'estensione che la mag-

(1) Si può consultare fra gli altri Mornac *sur la loi 16 ff. de sign.* Ricard, *des donat.* 1.re part. ch. 4 num. 1264 Duples-

gior parte di essi han data alle loro discussioni, fa desiderare un riepilogo di quel ch' essi han detto, seguendo il quale si possa giungere in un modo semplice e sicuro ad una soluzione. Ciò è tanto più necessario per quanto questi autori non son di accordo su diversi punti; e d'altronde l'antica giurisprudenza è capace di riforma in molte parti a motivo della introduzione della pubblicità delle ipoteche, che, come si sa, à portato un gran cangiamento nelle idee relative alla legislazione ipotecaria; talchè molte opinioni antiche, ed anche molti antichi decreti, oggi non sono applicabili. Quindi bisogna ridurre la quistione ai termini più semplici, ed adattare la sua risoluzione, e le conseguenze di questa risoluzione, al sistema della pubblicità che forma la base della nostra legislazione ipotecaria.

Ora, è principio certo, che le ratifiche retroagiscono in guisa da ricongiungere la ratifica all' atto ratificato. Questa è la disposizione della legge *16 ff. de pig. et hypot.* Essa è relativa ad un caso particolare in cui la ratifica era assolutamente necessaria per render valido un atto che nel suo principio era senza effetto, poichè trattavasi della ratifica per parte del proprietario di un oggetto ipotecato da un altro, senza sua saputa. Eccone le parole: ***Si nesciente domino, res ejus, hypothecæ data sit, deinde postea dominus ratumh abuerit, dicendum***

sis sur Paris pag. 381, 383 e 384, édit. de 1709; una lunga dissertazione du journal du palais, tom. 1 pag. 10 sopra un decreto del 23 luglio 1667; Basnage, *Trait. des hypot.* ch. 3, d'Héricourt, *vente des imm.* ch. 11. sect. 2 num. 7 et 8. Auroux des Pomiers, sull'art. 171 de la Coutume de Bourbonnais n. 28, e sull' art. 173 n. 12 e seg. e Pothier, Introd. au tit. 20 de la Coutume d'Orléans ch. 1. sect. 2 §. 2 n.° 24.

est, hoc ipso quod ratum habet voluisse eum, RETRO CURRERE RATIHABITIONEM AD ILLUD TEMPUS QUO CONVENIT. Ma questo principio è soggetto a due condizioni, insegnate da Mornac, non so se con più brevità ch' eleganza, nel commento su questa legge medesima.

La prima è che, onde la ratifica sia valida in se stessa e faccia rivivere il contratto primitivo, che si congiunge colla ratifica formando un titolo solo, è d' uopo che essa venga fatta da quelle medesime persone il concorso delle quali sul principio sarebbe stato necessario per la validità dell'atto. *Si modo tamen,* dice Mornac, *duo extrema sint habilia; alias enim non retroagitur.* Questa condizione si applicherebbe al caso in cui una donna maritata avesse obbligati i beni proprj senza l' autorizzazione del marito, e questi venisse in seguito a ratificar quest' obbligo, ma dopo la morte della moglie. *Veluti,* dice l'autore, *si maritus ratum habeat contractum uxoris, ea defuncta.*

La seconda condizione messa da Mornac al principio generale della retroattività della ratifica al cotratto primitivo, e ch' è infinitamente importante, si è, che per regolare che fosse la ratifica relativamente all' interesse delle parti contraenti, essa sarebbe assolutamente inefficace in ordine all' interesse dei terzi i quali avrebbero validamente acquistati dei dritti fra il contratto primitivo, e la ratifica. *Distinctio tamen*, ei dice, *et in schola et in foro, perpetua hæc est, ut nimirum si agatur de præjudicio* TERTII, *retro trahatur numquam ratihabitio;* SECUS SI DE SOLO RATIFICANTIS DAMNO. Così Bartolo sulla legge *Si indebitum, §. si procurator, ff. rem ratam haberi*, rigettava l'effetto retroattivo della ratifica, quando trattavasi dell' interesse di un terzo, in questi termini: *Quia actus medius interveniens, impedit ratiha-*

bitionem trahi retro in PRAEJUDICIUM TERTII *cui jus intermedio tempore quæsitum fuit.* Discediamo alle applicazioni di tai principj.

(Ratifica di atto nullo fatta da una donna maritata. Del cangiamento di legislazione sopraggiunta fra l' atto primitivo e la ratifica.)

43. Distinguerò da prima le ipoteche convenute dalle donne maritate, da quelle date dai minori.

Quanto alle prime, se una donna maritata colla regola dotale, o con altra regola mista, il cui risultato si fosse del pari ch' ella non potesse nè ipotecar, nè vendere i beni dotali, quelli ipotecati; è manifestissimo, che si sarebbero nullamente ipotecati; di sorta che se, essendo divenuta libera, ella avesse ipotecati i suoi beni ad un' altra persona, quest' ipoteca dovrebbe avere tutto il suo effetto, e non sarebbe annullata dalla ratifica da essa fatta del primo contratto costitutivo d'ipoteca su gli stessi beni. In questo caso la ratifica non avrebbe effetto retroattivo al primo atto, in pregiudizio del terzo.

Dicasi lo stesso della moglie, se nella circostanza in cui ella si trovasse, non potesse ipotecare nè i beni dotali, nè altri beni senza l' autorizzazione del marito, e s' ella gli avesse ipotecati senza questa autorizzazione; o se il marito gl' ipotecasse da se solo, o in nome della moglie, o con promessa di far da questa ratificar l'ipoteca. In questi due casi, l' ipoteca che la moglie, divenuta libera accorderebbe in favor di un' altra persona, non riceverebbe alcuna ferita da una ratifica ch' essa farebbe posteriormente al primo contratto costitutivo d'ipoteca. Tutto ciò risulta dai principj da me esposti, e segnatamente dalla dottrina di Mornac. (1)

(1) Nella terza edizione delle *Quest. de droit* del sig. Merlin alla parola *Hypothèque* §.4 ò trovato delle opinioni

Avrebbe luogo la stessa discussione se dopo un cangiamento di legislazione, un terzo avesse acquistato, in tempo della ratifica dell'atto, un dritto di far risolvere l' atto medesimo, dritto ch' ei non aveva sotto l' impero della legislazione esistente in tempo che l' atto fu stipulato. È in questo senso che la Corte di cassazione à rigettato il 12 dicembre 1810, il ricorso prodotto avverso una decisione della Corte reale di Riom. L' arresto della Corte di cassazione è rapportato nella Raccolta di Denevers an. 1811 pag. 63. Claudina Duvergier, sposa di Giorgio Cotte, domiciliato in un paese regolato dalla comunione, aveva taluni dritti indivisi con un suo fratello sulle successioni de' loro due genitori. Giorgio Cotte, vendè da se solo, come marito, questi dritti al sig. Gagnon il 19 *nivose*, an. 11 (8 dicembre 1803) colla promessa della ratifica di sua moglie. Secondo la legislazione vigente nell' epoca di questa vendita, il coerede non poteva esercitar la domanda di surrogazione alla cessione. Il dì primo *fructidor* an 12; (22 agosto 1804) la signora Cotte ratificò questa cessione. Sulla domanda di divisione delle due successioni fatto da Gagnon contra Duvergier, fratello della cedente, questi chiese di essere surrogato all'acquisto fatto da Gagnon, e ciò in forza dell' articolo 841 ✳ 760 del Codice civile,

---

che sarebbero contrarie a quello che ò detto, almeno sotto certi rapporti. Ho conosciuta questa nuova edizione quando il presente paragrafo del mio trattato era sotto ai torchi. Io credo di non dovere cangiar nulla a quello che ho scritto. Non di meno farò qualche osservazione sulle opinioni contenute nel paragrafo 4. del sig. Merlin, e nel §. *bis*. sull' effetto della ratifica fatta da una donna maritata, divenuta libera, dell' obbligazione da lei contratta non essendolo, e che sarebbe nulla nel principio. Veggasi la nota messa nel fine del numero seguente.

anteriore alla ratifica, col quale si era fatta rivivere l'azion del coerede per la surrogazione, e che per lo innanzi non esisteva. Elevatasi quistione per sapersi se bisognava decidersi per la legislazione in vigore all'epoca della cessione, o per quella in vigore all'epoca della ratifica, fu deciso, che trattandosi di un atto nullo nel principio, non aveva avuto effetto se non dal giorno della ratifica, e che poteva adattarsi l' art. 841 ✻ 760 del Codice civile senza vizio di retroattività. Come si ravvisa, la specie è diversa da quelle da me esposte: ma i principj sono i medesimi: trattasi sempre dell' interesse dei terzi.

(Ratifica di atti nulli fatti dai minori)

44. Devo esaminare qual' effetto aver debba una ratifica fatta da un maggiore di un atto stipulato in minore età, contenente una promessa d'ipoteca. Bisogna determinare l' effetto di questa ratifica rispetto al terzo, che nell'intervallo dall'atto alla ratifica, avesse avuto su i medesimi fondi un'ipoteca speciale per parte di quello che dopo la prima ipoteca, sarebbe divenuto maggiore e libero, e che in pregiudizio della seconda ipoteca volesse ratificar la prima. Ciò che si può dire dell'ipoteca speciale, può dirsi egualmente dell'ipoteca generale, e della giudiziale che colpisce i beni fra l' atto primitivo e la ratifica dell' atto, e della legale della moglie. Ciò è tanto più vero rapporto a quest'ultima ipoteca, per quanto è indubitato ch' essa colpisce i beni del marito minore non solo, ma anche quelli del marito maggiore a contare dalla celebrazione del matrimonio, senza l' intervento di verun atto o sentenza.

Siffatta quistione è stata sempre dilicatissima. Se ne rimarrà convinto sol che si consultino le autorità

da me indicate nella nota al num. 42. Quello che à cagionato molta confusione è stato il non aver distinto in una maniera molto precisa i mezzi coi quali le obbligazioni contratte dai minori possono essere impugnate. Confondevansi con molta facilità le nullità legali che potevano viziar l'obbligazione, coi mezzi che, riguardando principalmente la minore età, eran semplici mezzi di restituzione in intiero, che davan luogo alla rescissione dell' atto. Il minore restituivasi ne' suoi dritti, perchè si presumeva esser egli stata la vittima della debolezza dell' età sua, e della sua inespertezza. Nel primo caso, l' atto doveva essere annullato, astrazion fatta dalla lesione e dagli altri mezzi che avrebbero fatta pronunziare la restituzione in intiero. Queste ultime circostanze non dovevan neppure esaminarsi. Nel secondo caso poi la rescissione, o restituzion del minore contra l'atto, era interamente subordinata alla quistione se si era o non si era abusato dalla sua minore età; e tale quistione era meramente di fatto. Allora l' atto non era nullo nel principio, come nel primo caso, ma era solo capace di essere annullato. *Non nullus, sed annullandus.*

Ma quando anche l' azione di semplice rescissione o restituzione introdotta dal minore, fosse rigettata, e dovesse mantenersi la esecuzione dell' obbligazione, la validità di questa non produrrebbe quella dell' ipoteca. La ragione si è che il minore non avrebbe potuto mai ipotecare effettivamente i suoi beni stabili. La facoltà d' ipotecare è subordinata a quella di vendere. Tali erano i principj del dritto romano, come si è visto nel num.° 31. Laonde, ancorchè l' obbligazione dovesse sussistere, l' ipoteca non dovrebb' esser che nulla. È questo il risultamento di molte leggi particolari del dritto romano, e specialmente della legge 3 Cod. *de his qui veniam, etc.* Essa proscrive l' ipoteca

accordata da un minore al pari della vendita ch'egli farebbe de' suoi beni stabili. Ritrovansi gli stessi principj nella legge *1. §. 4* e nella legge *2 ff. de rebus eorum qui sub tut.* L'obbligazione formava sempre un impegno verso il creditore; ma questo impegno era senza ipoteca. Ora, la obbligazion sola lega la persona, colpisce gli oggetti mobili, ma non affligge gl'immobili. Ciò risulta dalla definizione da me data dell'ipoteca, al numero 4, e ch'io credo esatta: *Per hypothecam non obbligatur persona debitoris, sed res.* Ma intanto tutto indica che giusto, perchè l'ipoteca era un accessorio inseparabile dall' obbligazione, e siffatta riunione era di dritto e senza stipulazione, giusto per questo si aveva una propensione a far sussistere l' una unitamente all'altra; di modo che se un' obbligazione acconsentita da un minore, che avesse avuti beni stabili, veniva ratificata quando egli era maggiore, la ratifica, almeno secondo le decisioni di parecchi tribunali, aveva un effetto retroattivo alla data dell'obbligazione, così per l'ipoteca che per l' obbligazione da cui questa ipoteca scaturiva.

Ma è tempo di venire ai principj del Codice civile. Ora si vede ben più energicamente espressa di quel che il fosse stato nell'antico dritto, la nullità dell' ipoteca, sebbene l' obbligazion del minore sussistesse. In quanto al non emancipato, egli non può avere autorità maggiore di quella del suo tutore, e, giusta l'articolo 457 ✳ 380, il tutore *non può* nè vendere nè *ipotecare* i beni del minore, senza le formalità prescritte. La proibizione d'ipotecare è messa a livello con l'altra di vendere relativamente al minore emancipato; l'articolo 481 ✳ 404 gli accorda l' amministrazione, e vuole che non goda del vantaggio della restituzione in intiero, per gli atti di questa amministrazione, se non nei

casi in cui potesse esserlo uno di età maggiore. Qui ben si ravvisa il principio di una semplice azione di restituzione, o di rescissione. L'art. 483 ✻ 406 non gli permette di prendere a mutuo, senza le formalità richieste. Questo permesso ristretto al prestito importa l'esclusione di poter ipotecare. L'articolo 483 ✻ 406 permettendo di prendere a mutuo, lo fa sotto ai rapporti degli atti di amministrazione cui si riferisce. Ma l'articolo 484 ✻ 407 gli divieta imperativamente la facoltà di vendere e di alienare, ed in conseguenza anche di quella d'ipotecare che non può disgiungersi dalla facoltà di vendere. In fine il minore emancipato, o non emancipato, è senz'alcun dubbio compreso nell'articolo 2124 ✻ 2010, ove dicesi che le ipoteche convenzionali non possono essere stipulate se non da coloro che hanno la capacità di alienare i beni stabili che vi assoggettano. L'articolo 2126 ✻ 2011 stabilisce la nullità di tutte le ipoteche con cui si vorrebbero gravare tutt'i beni de' minori indefinitivamente. Non vi è stata nullità pronunziata in un modo più assoluto e preciso. Era dunque nel voto della legge, che, sia qualunque il destino dell'obbligazione, l'ipoteca non potesse sostenersi.

L'ipoteca dunque essendo nulla, e di una nullità formalmente pronunziata dalla legge, non sa capirsi come potrebbe mai rivivere per effetto di una ratifica fattane nella maggiore età, in danno d'un ipoteca convenzionale, giudiziaria, o legale che utilmente avrebbero colpito lo stabile prima della ratifica. Fra due ipoteche stabilite sopra immobili, la regolare e riconosciuta dalla legge non può esser vinta da quella che la legge rigetta, e proibisce espressamente. Qui cade nuovamente a proposito la dottrina di Bartolo, e di Mornac, da me sviluppate nel numero 42. *Actus medius interveniens, impedit ratihabitionem trahi retro*

in praejudicium TERTII. Niun dubbio quindi che la ratifica fatta in età maggiore non sia operativa fra il debitore ed il venditore. Essa assicurerà per quest' ultimo tutto ciò ch' è possibile ch' egli assicuri, e, per ragion di esempio, i danni e interessi per la inesecuzione dell' atto primitivo, i frutti percepiti durante la età minore di colui che à stipulato l'atto primitivo, ove si trattasse di una vendita, e gl' interessi pagati durante questa stessa età minore se si trattasse di una semplice obbligazione. Tutto ciò riflette solamente il creditore, ed il debitore che ratifica.

Così Mornac, dichiarandosi contra l'effetto retroattivo della ratifica, restringe questo effetto al solo interesse del debitore che ratifica, *secus si agatur de solo ratificantis damno.* Ma la ratifica è sempre inefficace riguardo ai terzi.

Si vorrebbero forse seminar de' dubbj sulla nullità dell' ipoteca promessa dal minore nel tempo stesso ch' egli contrasse la sua obbligazione, e ciò fondandosi sull' articolo 1304 ✱ 1258 del Codice civile? Poichè questo articolo parla nel medesimo tempo dell' azione di *nullità*, *o di rescissione* e poichè l' esercizio di quest' azione è ristretta a dieci anni, se ne vorrà forse conchiudere che la nullità dell' atto, e quindi dell' ipoteca, dipende dalla rescissione, o restituzione, che allora non è una nullità di essenza, ma una semplice nullità, che potrebbe, o no, essere pronunziata secondo la natura dei fatti, e che potrebbe esser sanata dalla ratifica che avrebbe un effetto retroattivo al dì dell' atto? Ma questo sarebbe un sovvertir tutte le idee, ed aprire il varco ad una confusione che sarebbe la sorgente di moltissimi errori. Ben si conosce laonde, sotto diversi rapporti, l' importanza di afferrare il vero senso dell' articolo 1304 ✱ 1258.

Per certo, uniformemente all' antica legislazione

il minore ha un' azione di semplice restituzione, o rescissione per le convenzioni che far potrebbe dalle quali deriverebbero contro di lui degl' impegni, fatta astrazione da ogni ipoteca; e quest'impegni potrebbero non colpire che i suoi beni mobili. Gli articoli 481, 1305 e 1306 ✳ 404, 1259 e 1260, come pure molti altri, offrono varj casi che potrebbero far nascere quest' azione. Gli autori del Codice civile han voluto restringere la durata dell'esercizio di quest'azione a dieci anni; come praticavasi prima del Codice civile, e questo è stato l' oggetto dell' articolo 1304 ✳ 1258. Ma forse da ciò deriva che il minore non possa sperimentare che la sola azione di restituzione subordinata al fatto, e non possa invocare le nullità che han luogo *ipso jure*? Ecco quello che non potrebbe affermarsi. Riman sempre una nullità di questo genere per l' ipoteca, o vendita che il minore à stipulate durante la sua età minore; nullità la quale produce che questa ipoteca, che questa vendita debbono riguardarsi come prive di effetti fin dal principio. È vero che il legislatore à prescritta la necessità di esercitare l' azione nel corso di dieci anni; sia che trattisi di una semplice restituzione o rescisione, sia che trattisi di una nullità legale indipendente dalle circostanze. Ma lo stabilimento di una prescrizione, per esser comune a tutte queste azioni, non ne altera la natura. Questo articolo comprende nella stessa prescrizione di dieci anni la nullità degli atti stipulati dalle *donne maritate, senza autorizzazione*; ora, con quale fondamento potrebbe mai sostenersi che quest' ultima nullità non è una nullità legale che inficia l'atto nella sua sostanza?

Per ben intendere la disposizione dell' art. 1304 ✳ 1258, la cui redazione è saggia e merita di essere approfondita, bisogna ravvicinare a questa

disposizione, l'articolo 134 dell'ordinanza del 1539, articolo importantissimo, ch'è stato seguito fino alla pubblicazione del Codice civile, e che ciò non di meno è stato spesso e per lungo tempo mal compreso. Prima di quest'ordinanza, il sig. Baurdin, procuratore del Re al Parlamento di Parigi, nelle sue osservazioni su questo articolo, dicea ch'eravi una gran diversità di opinioni sul termine accordato al minore per reclamare. Gli uni accordavangli 30 anni, gli altri meno, e moltiplicavansi le distinzioni all'infinito. Aggiungo che tutte queste difficoltà nascenti dal testo del dritto romano che cagionavano molta confusione, accrescevansi per la circostanza che questo dritto attaccava alla *restituzione in intiero* un'idea molto più estesa di quel che fosse in Francia. Sotto al nome di *restituzione* vi si comprendeva il dritto di farsi indennizzare di ogni danno qualunque sofferto per causa di errore derivante da un fatto proprio ovvero altrui; per essere stato mal difeso nelle liti; per aver sofferte vessazioni da un magistrato, e per moltissime altre cause la di cui enumerazione sarebbe inutile. Queste sono le idee che ricavansi leggendo specialmente il *tit.* 2 *lib.* 4, *ff.* ed anche i titoli 3 e 4. Il Legislatore cercò dunque con l'articolo 134 di fissar le idee, e render più semplice la giurisprudenza su questo punto. La durata dell'azione di semplice restituzione fu fissata a dieci anni. Ma ben si avvertiva la distinzione che bisognava fare fra questo caso di restituzione e quello della nullità, propriamente detta, e per diminuire le liti e per mantenere la tranquillità nelle famiglie, l'azione di nullità, ch'era d'un'altra specie, e che a differenza della prima poteva esercitarsi nel giro di trent'anni, fu sottoposta, come quella della restituzione, alla stessa prescrizione di dieci anni. Convien quindi venire al testo dell'art. 134. « Vogliamo noi togliere alcune

difficoltà e differenze di opinioni ch'esistevano intorno al tempo nel quale possono inficiarsi i contratti fatti dai minori; ordiniamo che dopo l'età di 35 anni perfetti e compiuti più non si possa, per riguardo *al privilegio o favore della minore età*, dedurre e proseguire l'annullamento de' detti contratti, sia chiedendo sia eccependo un azione di indennizzo, di restituzione o altra, sia infine *per via di nullità* (*per l' alienazione de' beni stabili fatta senza decreto od autorità del giudice*) o per lesione, inganno, dolo, se non nel modo che in simili contratti è lecito ai maggiori di adire il magistrato in via di ristoro, o qualunque altra via permessa dalla legge ».

In questo articolo si veggono ben distinti il caso di nullità e quello di semplice restituzione. Ei si ravvisa quanti errori nascerebbero ove si confondesse l'uno con l'altro. L'articolo 1304. ✳ 1258 è concepito nel medesimo senso. Vi è solo una differenza fra questo articolo, e quello dell'ordinanza, ed è che quest' ultimo non comprendeva nella prescrizione di dieci anni l' azione di nullità del contratto che avesse stipulato la moglie sotto la potestà del marito, e che sarebbe nullo, riferendosi questo articolo alle azioni qualunque del minore; laddove questo caso di nullità relativo alla donna maritata, è compreso nell'articolo 1304 ✳ 1258; il che certo è un miglioramento fatto alla nostra legislazione. Ora, seguendo gli autori francesi più versati nella giurisprudenza, la nullità di un atto stipulato dal minore in onta della legge e che affligeva i suoi beni stabili, era indipendente dal caso di restituzione, e si regolava con altri principj. La nullità era sostanziale poich' era pronunziata in modo proibitivo tanto dalle leggi romane che dalla maggior parte delle costumanze che dichiaravan nulla ed invalida l' alienazione degl' immobili. Pri-

ma dell' ordinanza del 1539 questa nullità poteva essere reclamata nel giro di 30 anni, e fu dopo di siffatta ordinanza che dovette dedursi nel giro di 10 anni, poichè quest' era la disposizion testuale dell' art. 134 che aveva derogato alle costumanze. Ma per reclamare tale nullità, dovevan ottenersi le lettere di rescissione, come nei casi di semplice restituzione. Ecco quello che si scorge; specialmente nei commentarj d' Auroux Despomiers sugli articoli 171 e 173 della costumanza del Borbonese, e del signor Chabrol sull' articolo 2 del tit. 14 della costumanza di Auvergne. L' articolo 173 della costumanza del Borbonese, ammirata in ogni tempo per la sua bella redazione, e ch' era stata anche riformata, eguagliava i minori alle donne maritate, in quanto alla nullità della vendita della donazione e di altri atti; ed il secondo degli autori da me pocanzi citati sosteneva che se la donna avea trent' anni di tempo per domandare la nullità, mentre il minore non ne aveva che dieci, ciò nasceva dalla restrizione del termine di dieci anni stabilita dall' ordinanza pe' minori, e dal non esservi alcuna legge per le donne maritate. Quindi il celebre Dumoulin aveva detto sull' articolo 173 della costumanza del Borbonese: *Non est locus restitutioni, sed nullitati.* E se in prosieguo, per effetto dell' uso de' pratici, di confondere il caso di restituzione con quello di nullità, prendevansi le lettere di rescissione per ambo i casi, sebben fossero inutili per quello della nullità, i tribunali illuminati pronunziavano la nullità, se vi era luogo, dicendo, *senza che vi sia bisogno di arrestarsi alle lettere di rescissione.*

Pretenderebbesi forse che il secondo creditore, il quale avesse acquistata un' ipoteca dal debitore che aveva già sottoscritta la prima obbligazione quando era minore, non potesse avvalersene, ed opporsi alla

prima ipoteca se non nel caso che non fosse rescindibile se non per causa di restituzione? Si pretenderebbe forse che il secondo creditore parrebbe come se volesse allora eccepire di un dritto di rescissione per causa di lesione; e che l'esercizio di questo dritto per parte d'un creditore, in nome del debitore cui appartiene, è respinto dall'articolo 1166 ✻ 1119 del Codice civile, ove si dice che i creditori possono esercitare tutt' i diritti e tutte le azioni del lor debitore, *eccettuate quelle che sono esclusivamente personali*? Potrebbe mai dirsi che l'esercizio di quest'azione di rescissione è un dritto esclusivamente personale che il creditore non può esercitar da se medesimo, mettendosi nel luogo e dritti del debitore?

Primieramente è fuor di dubbio che l'azione di rescissione non è un dritto personale, e che un creditore può farla valere esercitando i dritti del suo debitore. Mornac sulla legge 4 al Cod. *qnando fiscus etc*:, è l'autore che stabilisce colla maggior precisione il dritto dei creditori secondo i principj delle leggi romane. Secondo queste leggi, i creditori non avevan precisamente il dritto di esercitar le azioni del lor debitore; essi potevano solo domandare, con azion rivocatoria, la nullità degli atti stipulati dal debitore in frode de' suoi creditori. Ma questo autore soggiunge, che a questo riguardo si allontanava dalla giurisprudenza romana, e che i creditori potevano sperimentare i dritti appartenenti ai loro debitori: *Recessimus in eo*, ei dice, *romana jurisprudentia*. Non saprebbe vedersi come mai il dritto di cui trattiamo sia un dritto personale.

Denisart, che, a questo riguardo, espone fedelmente i principj della giurisprudenza, dice, alla parola *Créancier*, dopo di avere stabilita la regola generale, *creditor in jus universum debitoris suc-*

cedit: » In una parola le azioni e i *privilegj personali* del debitore, possono essere esercitati dai suoi creditori, ammenocchè l'esercizio di essi *non richiegga un' accettazion precisa* della persona cui il privilegio si accorda. »

Lebrun, nel suo *Traité des successions*, liv. 2. ch. 2. sect. 2. n.° 42., ha spiegato questo principio con maggiore estensione. Egli dà per massima, che regolarmente un creditore può sperimentar tutt' i dritti del suo debitore, e farsi surrogare, a quest' oggetto, quando il debitore non vuole sperimentarli da se medesimo; poichè questo non volere è una frode manifesta, non potendosi presumere che alcuno faccia getto allegramente de' suoi diritti. Questo autore non eccettua da siffatta regola se non certi dritti che sono talmente congiunti colla persona che un creditore non potrebbe punto esercitarli. Seguendo le idee del suo tempo, egli cita la devoluzion del feudo, a motivo di non aver prestato l' omaggio e la fede, poichè questo dritto derivava dal disprezzo fatto al signore dominante, il che gli era assolutamente personale. Poteva mettersi in questo numero il dritto di ritenzione. Vi si potrebbe aggiungere l' azione di rivoca di una donazione per causa d' ingratitudine. In fine Lebrun al num.° 46. va più oltre: egli dice che un privilegio, anche personale, il quale contiene qualche emolumento, può esercitarsi dai creditori, purchè questo privilegio non richiegga un' *accettazion precisa* della persona alla quale è accordata. In conseguenza è permesso, ei diceva, ad un creditore di accettare una successione ricaduta al suo debitore, offrendo di cavarlo indenne dagli avvenimenti di tale accettazione.

Il celebre Cochin, *plaidoyer* 65. *tome* 3 *pag*. 232. à sviluppato questo principio con una nuova precisione. » Bisogna distinguere, ha egli detto, le

azioni che appartengono ad un debitore per conservare la sua proprietà, e quelle che gli appartengono per acquistare. » Ei dice che le prime possono essere esercitate dai creditori. Ora devesi mettere in questa categoria un' azione rescissoria che tende a conservare e non ad acquistare.

In una parola, quel che forma il carattere principale dei dritti che il creditore può o non può esercitare in nome del suo debitore, è la qualità di *cedevole*, o non *cedevole*. Questo è ciò che caratterizza quello ch' è *personale*, o che non lo è. È non cedevole un dritto, come per esempio un dritto di uso, o di abitazione? e non potrà essere esercitato da un creditore. Ma può dirsi la stessa cosa di un dritto di rescissione, che non si estingue colla persona di colui cui si appartiene, e ch' egli trasmette ai suoi eredi? Così Charondas nelle sue ***Réponses du droit français*** liv. 9. rép. 25 riferisce una sentenza del 5 marzo 1558, colla quale si giudicò che un creditore, anche chirografario, poteva esercitare una domanda provvisionale di lettere di rescissione a causa di lesione enormissima, che allora avea luogo, facendo valere i dritti del suo debitore. È chiaro che un simile dritto tiene ad una causa di *restituzione*. Maynard nelle sue *Questions notables* del dritto scritto liv. 3. ch. 70. ne cita un altro uniforme del mese di luglio 1593. Io non ne conosco alcuno che abbia dipoi giudicato il contrario.

Quindi non bisogna perder di vista che, e la rescissione a causa di semplice restituzione, e la conferma del primo atto, e l' obbligazione che conserva la sua forza come obbligazione, sono circostanze indifferenti sotto al rapporto dell' ipoteca, che essendo annullata, e come se fosse cancellata dalla legge, non può rivivere per mezzo della ratifica, la quale non può nuocere al terzo che ha acquistata

un' ipoteca nel tempo intermedio. Il dritto di chiedere questa nullità appartiene ad ognuno che à interesse di farla valere. D' altronde l' intenzione di opporsi alla prima obbligazione, come alla prima ipoteca non esiste forse in colui che le à consentite, dopo la nuova ipoteca da lui formalmente data al secondo creditore sugli stessi fondi? E questo avendo avuto dal suo debitore un' ipoteca validamente costituita, ovvero avendogliela conferita la legge, senza bisogno di una convenzione, ha potuto esserne spogliato da una ratifica tardiva che non può esser presa in considerazione, in questo caso, se non come fraudolenta, e che sovente sarebbe comprata da un debitore, il quale in un disordine di affari non avrebbe più nulla da temere o da perdere? Si rinviene un altro motivo rimarchevole nel *Traité des hypothèques* di Basnage, il quale riferisce *ch. 3. pag. 17. et suiv. édit. in 12.* alcune decisioni dei parlamenti di Rouen e di Bretagne, dei 6. feb. 1668, 15 ottobre 1652, e 4 feb. 1683, emesse su i principj da me esposti: » Egli era benanche, diceva Froland, avvocato, dell' interesse pubblico di non approvare contratti di questa natura sotto al pretesto di una ratifica mendicata nella maggiore età del minore: coloro che pienamente conoscevano la di lui età, assicurandosi che non poteva validamente contrarre, sarebbero facilmente ingannati se si dasse un effetto retroattivo ai contratti stipulati nella minore età in conseguenza della ratifica che ne farebbe, essendo maggiore. » È vero che il parlamento di Parigi, con decisione del 23 luglio 1667, e ch' è nel numero delle autorità da me indicate nel n.° 42, ha giudicato il contrario. Ma io non mi appoggio alle decisioni che si contrariano, sulle quali pare che abbiano influito anche le circostanze, e che in fine debbono valutarsi colle disposizioni del Codice civile cui sono subordinate.

Effettivamente, oltre alle disposizioni da me riferite, tutto quel che si è detto in ordine all'interesse del terzo che à acquistata un'ipoteca nel tempo intermedio, vien confermato dall'art. 1338 ✻ 1292. Ivi dicesi che la conferma, ratifica, o esecuzione volontaria di una obbligazione, contra la quale la legge ammette l' azione di nullità, o di rescissione (il che comprende tutto) produce la rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contra tale atto; e poi vi si soggiunsero questi termini importantissimi: *senza pregiudizio però del dritto delle terze persone.*

Veniam finalmente ad una decisione della Corte reale di Nanci, del 1 maggio 1812, che dà le idee più luminose sopra questa quistione tanto vivamente agitata, e diversamente giudicata. Questa decisione, per la esattezza dei motivi attinti dal Codice civile, è propia a fissare tutte le incertezze: a parer mio essa è talmente importante ch' io credo dover mettere, in una nota, sotto gli occhi del lettore, non solo la decisione medesima, ma la specie benanche sulla quale fu resa, giusta il rapporto fattosene da Denevers anno 1812, pag. 102 al sup. (1)

---

(1) Con atto pubblico del 7 luglio 1804 il signor B... minore emancipato, sottoscrive a favore del signor D... un' obbligazione per la somma di 600 fr. ch' egli riconosce di aver ricevuto da questi, e si obbliga al pagamento, nel termine di tre anni. Per sicurezza di tal pagamento ipoteca specialmente un immobile sito nel circondario dell' ufficio dell'ipoteche di Nanci, ove il titolo fu iscritto in seguito.

B... giunge alla sua età maggiore il 5 marzo 1805, e il 12 dicembre del medesimo anno, la vedova N... gli presta con istromento, una somma di 2000 lire, per sicurezza della quale, egli ipoteca specialmente lo stesso fondo.

B... vende questo fondo nel feb. 1810, e per effetto di questa vendita, nel tribunale di Nanci si apre un giudizio d' ordine fra i suoi creditori ipotecarj.

Intanto chiaro vedesi che tutto quello ch' io ho detto vale pure pel caso in cui il tutore avesse

---

La vedova N... e molti altri creditori sostengono, che la iscrizione presa dal signor D... sia nulla, come quella che ha per oggetto la conservazione di un' ipoteca accordata da un minore emancipato.

Questi, durante il giudizio d' ordine, ratifica con scrittura privata del tre dicembre 1811 la sua obbligazione.

Il 5 feb. 1812 sentenza del tribunale civile di Nanci che dichiara nulla la iscrizione.

« Attesocchè il signor D... fa una falsa applicazione dell' articolo 2012 ✳ 1884 del Codice civile, sostenendo che i creditori ch' ei vuol vincere, mancano di dritto per opporgli la validità del suo contratto in conseguenza della sua iscrizione. Per verità essi non potrebbero far annullare o rescindere questo contratto che deve reggere fra il creditore ed il debitore: ma essi hanno il dritto di contrastare la iscrizione accordata dal signor B... minore, perchè ferisce i dritti ch' essi hanno dalla legge, di non poter esser vinti, cioè, da una iscrizione nulla, essendo stata accordata da un minore che non ne aveva la facoltà, a termini dell' articolo 2124 ✳ 2010, e perchè tutto quello che si fa in contraddizione del testo espresso della legge *dee riputarsi come non fatto*. La ratifica tardiva con iscrittura privata accordata al signor D... dal suo debitore posteriormente all' espropriazioni fatte contro di lui, toglie al signor B... il dritto di far rescindere il contratto: ma essa non può render valida una iscrizione nulla nella sua origine. L' interpetrazione data da D... all' art. 2116 ✳ 2002 non può adottarsi, essendo contraria all' art. 2124 ✳ 2010 che contiene indistintamente una disposizion generale e proibitiva. Quindi D... à un titolo obbligatorio, ma che non gli conferisce veruna ipoteca; egli dunque dev' esser vinto da tutti i creditori iscritti. »

Il signor D... appella.

Ei persiste e sostien coll' appello 1.° che gl' intimati non avendo qualità per censurare la validità della sua iscrizione, giacchè i creditori non possono esercitare i dritti e le azioni meramente personali de' loro debitori, e che l' eccezione della minore età è dichiarata personale dalla legge, articolo 1166 e 2012 ✳ 1119 e 1884 del Codice civile; 2.° che le obbligazioni contratte dai minori eman-

stipulata un' ipoteca su i beni del minore, che sarebbe nulla per difetto di formalità o per tutt' al-

---

cipati, non essendo nulle, ma solo soggette a rescissione ne' casi di lesione, la loro ratifica espressa o tacita fa risalir l' effetto al momento in cui sonosi contratte; che l'ipoteca era parte integrante ed inseparabile dalla obbligazione; che il divieto d'ipotecare riguardo ai minori è come quello di prendere ad imprestito, vale a dire che questi atti possono essere rescissi solo quando vi sia lesione.

La risposta degl' intimati si trova nei motivi della seguente

DECISIONE.

La Corte, sulle conclusioni uniformi del signor Jannot, consigliere uditore, in nome del procurator generale. — Atteso 1.° che l' ipoteca non avendo i suoi principali effetti se non relativamente ai suoi creditori ipotecarj, questi hanno interesse e per conseguenza hanno qualità per combattere le iscrizioni che pretendono colpite di nullità, sia per la forma, sia per la sostanza; che la eccezione della minore età non è personale al debitore nel senso dell' art. 1166 ✳ 1119 del Codice civile che in ordine alla obbligazione e non già all'ipoteca. — Atteso 2.° che dagli articoli 2124, e 2126 ✳ 2010, e 2002 del medesimo Codice risulta la nullità assoluta dell' ipoteca stipulata dal minore emancipato, senza l' osservanza delle formalità prescritte; che la ratifica espressa o tacita del debitore, divenuto maggiore, rende valida in verità l' obbligazione da lui sottoscritta nella minore età, poichè non era nulla, essendo solo soggetta a rescissione, ma ch' essa non può render valida l' ipoteca ch' è stata sempre nulla dal momento che fu costituita, mentre, indipendentemente dai termini proibitivi della legge, la pubblicità del sistema ipotecario, e la certa scienza che i creditori aver debbono delle ipoteche che gravitano su i beni del loro debitore, non permette che sia in arbitrio di questo di nuocere ai dritti irrevocabilmente e con buona fede acquisiti, arbitrio di cui la più picciola lusinga, determinerebbe facilmente l'esercizio per parte di un uomo rovinato interamente; e sul di più adottando i motivi dei primi giudici, annulla l' appello, condanna alla multa e spese.

tro : il minore, ch' essendo divenuto maggiore avesse data ipoteca su i medesimi beni, non potrebbe certamente ratificare in seguito la prima ipoteca in pregiudizio di colui in favor del quale ne avesse stipulata una nuova (b).

Il mio trattato era già compiuto, ed il presente paragrafo era già sotto al torchio quand' io ò per la prima volta conosciuta la terza edizione delle quistioni di dritto del signor Merlin. Al tomo 3 pag. 408 e seguenti ò osservato ch' egli trattava la quistione che noi discutiamo, con molta estensione, e con principj diversi: ò voluto meditare alcune opinioni che mi sembravano contrarie ai principj da me esposti. Dopo molta riflessione ò creduto non dovermi allontanare dai principj da me sviluppati in questo numero 44, e credo che in essi si troverà la risposta a ciò che potrebbe esservi di opposto nel nuovo lavoro del signor Merlin. Non di meno stimo opportuno il fare qualche osservazione.

Il signor Merlin, nella pag. 413, 2. col. dice: »Non vi è dunque che il solo minore il quale possa rivenire, secondo i principj del dritto romano, contro all' ipoteca da lui consentita senza decreto del giudice. I terzi coi quali egli à dopo contrattato non possono dunque opporne la nullità: essa conserva dunque il suo effetto contro di essi, dal momento che giunto alla sua maggiore età, ei la ratifica. E come non la conserverebbe in questo caso, se la conserverebbe ancorchè serbasse il silenzio? »

Io però credo di aver dimostrato, che anche secondo i principj del dritto romano, l' ipoteca data dal minore, senza le formalità richieste, era nulla.

(b) Tutto quello che siegue fino alla fine del numero, erasi dall' autore messo in una nota. Si è creduto più conveniente di innestarlo nel testo.

Il signor Merlin lo dice ei medesimo altrove. Io credo aver dimostrato ancora che questa nullità poteva, al pari dell'azione di rescissione, essere esercitata dal creditore che contrae in seguito col minore divenuto maggiore, e che la ratifica che questi in seguito farebbe, non può nuocere al creditore del tempo intermedio.

In quanto a quel che dice il signor Merlin, che la ratifica dee conservare l'effetto della prima obbligazione in favor del primo creditore, giacchè l'obbligazione conserverebbe il suo effetto se il minore serbasse il silenzio, vi è molto da riflettere.

Osserviamo, nello squarcio da me riportato, che il signor Merlin non si limita alla conservazione dell'effetto della prima obbligazione, come obbligazione soltanto, ma egli parla categoricamente dell'ipoteca, che sarebbe nulla, e che ciò non ostante, sarebbe secondo lui conservata in danno dei terzi, coi quali il debitore, divenuto maggiore, avrebbe convenuto dopo la prima obbligazione contratta nella sua età minore. Ora io non ho mancato di far conoscere la distinzione che bisognava fare tra l'obbligazione, come obbligazione, che poteva conservarsi, e l'ipoteca, ch'essendo nulla, malgrado l'esistenza della obbligazione, non potrebbe mai vivere per mezzo della ratifica in danno dei terzi.

Il sig. Merlin ricava un grande argomento dal veder che per la parte del debitore basta il solo silenzio onde conservare l'effetto della prima obbligazione. Egli certo intende parlar del silenzio serbato da colui, ch'essendo minore, si obbligò, e serbato durante tutto il termine nel quale avrebbe dovuto opporsi alla obbligazione. Ma questo è un risolvere la difficoltà colla difficoltà medesima. Ed in vero è una quistione importantissima se questo silenzio à quell'effetto che gli viene attribuito dal sig. Merlin. Io tratto questa quistione nel num. 47.

Il sig. Merlin dice in seguito, nelle stesse pagine 413 e 414. » Indarno si opporrebbe la massima che la ratifica non può mai pregiudicare i terzi. Questa massima non è vera se non relativamente alla ratifica di un atto che la legge considera come inesistente, sia perchè lo colpisce di nullità assoluta, per motivo di ordine pubblico, sia perchè manca di forme essenzialmente costitutive della sua esistenza legale, sia perchè è estraneo alla persona che ratifica, e che colla ratifica se lo rende proprio. »

Tutti questi principj sono veri: io gli esamino nel corso di quest' opera e specialmente nel §. 3. Ma sussiste sempre la quistione, quale è la specie della nullità della quale l'ipoteca data dal minore può essere combattuta. Questa ipoteca non è forse nulla *ipso jure* per effetto del divieto della legge? A' essa avuta un' esistenza legale? S' era nulla, se non ha avuto esistenza legale, poteva rivivere in pregiudizio dei terzi? Ecco sempre ove bisogna ritornare.

Ma sentiamo quel che dice il sig. Merlin, alla pag. 414, ov' egli tratta la quistione medesima, sotto al rapporto del Codice civile, i cui principj gli sembran differenti da quelli del dritto romano.

» Il Codice civile, ei dice, à introdotto a questo riguardo una nuova legislazione. Non è più col mezzo della nullità, nè con quello della rescissione che il minore, giunto alla maggiore età può reclamare contro alle *alienazioni fatte*, od alle *ipoteche consentite*, senza le formalità prescritte. »

Stante queste assertive, che io son lungi dall'approvare, e che secondo me non sono stabilite da quel che dice il sig. Merlin, non bisogna più essere sorpreso delle altre sue opinioni su questa controversia. Egli ha voluto essere conseguente con se medesimo. Io credo di aver presentato nel suo ve-

ro aspetto l'art. 1304 ✳ 1258 del Codice civile. Io credo di aver fatto osservare i casi di rescissione per restituzione, e quelli di nullità. Essi sono sempre distinti, sebben compresi cumulativamente, in quanto al termine fissato per la prescrizione in questo art. 1304 ✳ 1258. Bisogna che delle sue disposizioni se ne faccia un'applicazion distributiva. Quindi io non credo che alcuno debbasi arrendere alle conseguenze che il sig. Merlin deduce in prosiéguo dalle sue prime assertive, e specialmente da queste:

» La vendita dunque e l' alienazione che il minore emancipato fa de' suoi beni stabili, senza osservar queste formalità, sono nel numero delle convenzioni di cui parla l' art. 1305 ✳ 1259 nella seconda parte. »

» Dunque il minore che ha venduto, alienato, *e per conseguenza ipotecati i suoi stabili*, senza queste formalità, non può rivenire sul fatto proprio se non col mezzo della *rescissione*. »

» Dunque la vendita, l' alienazione, l' ipoteca data, senza queste formalità, *non sono nulle di pieno dritto*. »

Questo carattere impresso alla nullità di cui si tratta, è così contrario ai principj del Codice civile, come a quelli dell'antica giurisprudenza francese.

Il sig. Merlin fa sapere ch' egli aveva opinato diversamente; che si è creduto nell' errore, e dichiara che si ritratta: ei ne dà la ragione. Lo scrupolo è certamente lodevole: ma questo scrupolo non essendo fondato, io credo che la sua prima opinione era più giuridica della seconda.

Il sig. Merlin viene, alla pag. 420, all' azione di nullità della donna maritata, ch' egli equipara all' azion rescissoria del minore: ecco quel ch' ei dice, poichè non vi si può ben rispondere che trascrivendolo letteralmente.

» L'azione di nullità di un' ipoteca data senza autorizzazione da una donna maritata, è assolutamente della stessa natura di quella ch' era nel dritto romano l' azione di nullità dell' ipoteca data da un minore, senza preventivo decreto del giudice. Mentre, come l' ipoteca data da un minore senza ordine del giudice, era, secondo le leggi romane, nulla di pieno dritto, ma di una nullità relativa; del pari nulla è di pieno dritto, ma di una nullità relativa, l' ipoteca data da una donna maritata senza l' autorizzazion del marito. Dunque del pari che nel dritto romano la ratifica fatta nella maggiore età di un' ipoteca data da un minore, retroagiva fino al giorno della costituzion primitiva, similmente è al giorno della costituzione primitiva che deve riportarsi, la ratifica fatta, senza autorizzazione del marito, da una donna maritata, ma che poi questa donna ratificò coll' autorizzazione, o essendo vedova. Dunque ai creditori che àn convenuto con questa donna nell' intervallo che passa tra la costituzione primitiva e la ratifica dell' ipoteca, altro rimedio non resta se non di provare che la ratifica fu fraudolenta, *consilio et eventu.*»

» Il sig. Toullier aveva professata una dottrina contraria nel suo tomo 2 num. 68, ed io aveva fatto altrettanto nel Repertorio di giurisprudenza alle parole, *autorizzazione del marito sez. 9*: ma egli si è disdetto nel suo tomo 7 num. 571, ed io mi disdico al par di lui. »

Gli autori francesi, i commentatori delle costumanze, insegnano che l' obbligo della donna fatto contro alla disposizion proibitiva della legge, è nulla, e che questo caso è diverso da quello della rescissione. Quei medesimi i quali opinavano che la ratifica dà un effetto retroattivo alla obbligazion del minore, poich' essi non distinguono quanto basta, il caso della restituzione, o rescissione da quello

della nullità, e che essi eransi fatti soggiogare da certi decreti, contradetti da altri decreti, pure non tralascian di dire che è la stessa cosa del contratto stipulato dalla donna maritata, in controvenzion della legge, poichè allora *l' atto ratificato era nullo in se stesso*. Veggasi d'Hericourt: *vente des immeubles* ch. 11 sect. 2 num. 8. Io rinvio a quel che dico al num. 55. E quello che altre volte sostenevasi della donna maritata, si deve sostenere oggi, specialmente dell' ipoteca consentita dal minore, come certi antichi autori sostenevano anch' essi per la vendita fatta dal minore, che doveva equipararsi all' ipoteca.

Che cosa importa che la nullità concernente il minore, e la moglie sia una nullità relativa, qualità alla quale molto sembra appoggiarsi il sig Merlin? Essa è *relativa*, perchè viene da un' incapacità: ma non per questo è meno una nullità legale, che vizia l' atto, *ipso jure*, senza entrare ne' motivi di fatto, il che è necessario pe' casi di *restituzione o rescissione*. Essa è *relativa* in opposizione ad una nullità *assoluta*, che deriverebbe dalla mancanza delle formalità che costituiscono l' essenza dell' atto: ma non per questo essa non priva l' ipoteca della *esistenza legale*. Essa è anche *relativa* perchè l' incapace il quale à convenuto, può, divenendo capace e libero, riparare il vizio dell' atto e sanarne la nullità ratificandolo. Ma la ratifica non produce effetto che tra il primo creditore ed il debitore; essa non può offendere i creditori ipotecarj del tempo intermedio. Questi possono sostenersi allegando le ipoteche già acquisite, senza che siano obbligati di provare *che la ratifica è stata fraudolenta*, CONSILIO ET EVENTU. Oltrecchè questo sarebbe spesso difficile, essi ne sono dispensati in quella guisa che un primo acquirente è dispensato dal provare che la vendita posteriore alla

sua sia stata fatta con frode. La loro ipoteca sussiste nella sua pienezza, per ciò solo che la prima ipoteca non esisteva punto, ovvero, il che torna allo stesso, ch' essa non esisteva legalmente.

Ma quando io dico che l' ipoteca del tempo intermedio sussiste nella sua pienezza, intendo dire che è stata costituita validamente, cioè, pel debitore divenuto maggiore, o per la moglie autorizzata da suo marito colle formalità richieste, o essendo vedova. Se non fosse così non vi sarebbe luogo a quistione. Sempre che non si tratta dell' interesse dei terzi, non vi è dubbio che la ratifica si ricongiunge all' atto ratificato; e la iscrizione dev' esser presa in virtù della prima obbligazione, e dell' atto di ratifica, come io lo dico in prosieguo.

(**Nullità assolute per mancanza di formalità**)

45. Bisogna che l' uomo si faccia regolare da tutti gli anzi accennati principj, e con più ragione nel caso di una nullità, che a parlar propriamente, non sarebbe una nullità relativa alla incapacità di contrarre; ma sarebbe assoluta. Intendo parlare del caso in cui l' ipoteca fosse stata consentita da una persona capace di contrarre, ma con atto nullo per la forma. Per esempio, se l' atto costitutivo dell' ipoteca fosse stato stipulato da un sol notajo, o da un notajo senza il numero dei testimonj voluto dalla legge de' 25 vent. an. 11, o con testimonj incapaci di esserlo per opera della legge medesima, l' atto allora sarebbe colpito da una nullità sostanziale, per effetto della quale dovrebbe aversi come non avvenuto, giusta la massima, *quod nullum est, nullum producit effectum.* Un atto essenzialmente nullo non può essere nè il germe di veruna obbligazione, nè fondamento di alcuna prescrizione, tranne quella di 30 anni. Laonde nell art. 2267 ✳ 2175 del Codice civile si dice:

» Un titolo nullo per difetto di forme non può servire di base alla prescrizione di dieci, di venti anni.» Non vi è altro rimedio allora che quello della prescrizione di trent' anni utili, la quale fa supporre un titolo, un titolo regolare, e che ne ha tutta la forza: *Habet vim tituli constituti.* Non di meno un simile atto potrebbe avere effetto in alcuni casi, come obbligazione, il che per esempio accadrebbe se fosse rivestito della firma delle parti: ma non sarebbe autentico, e quindi non produrrebbe ipoteca. Se dunque in questa ipotesi, colui, che per effetto di questo atto nullo, avesse costituita una nuova ipoteca su gli stessi fondi in favore di un'altra persona, ratificasse poi la prima ipoteca, questa ratifica non potrebbe nuocere in alcun modo al secondo creditore ipotecario. Vi è anche di più. Vi sono dei casi in cui l'atto è siffattamente nullo, che la nullità totalmente lo annienta e che non potrebbe essere rinvigorito da una ratifica. L' obbligazione relativa di simili atti è siffattamente importante che la legge non ripone maggior confidenza in una ratifica qualunque che potesse farsene semplicemente. Vi vuole una volontà precisa, ed espressa liberamente in un nuovo atto, indipendente dal primo. Supponiamo, a ragion di esempio, che siasi fatta una donazione, la quale, pel suo oggetto, abbia dato luogo, onde assicurarne l'effetto, ad una ipoteca per la parte del donante, e che questa donazione fosse nulla per difetto di forme, ogni ratifica che in seguito si farebbe, sarebbe manifestamente inefficace, così riguardo alle parti contraenti, che riguardo all' interesse di un terzo. Tal'è la disposizione dell' art. 1339 ✳ 1293 del Codice civile. Non dimeno ai termini dell' art. 1340 ✳ 1274 la donazione nulla potrebb' essere ratificata dagli eredi o aventi causa dal donante, dopo la di costui morte. Ma, stando ai principj anzi esposti, tale

ratifica non potrebbe nuocere ai terzi coi quali il donante si sarebbe anteriormente obbligato.

(L' iscrizione dev' esser presa in forza degli atti confermativi unitamente agli atti primitivi.)

46. Ecco un' osservazione importante. Quando la ratifica è necessaria, la iscrizione dee prendersi in virtù dell' atto di ratifica e di quello ratificato. Questo atto primitivo essendo insufficiente non può esistere senza il concorso della ratifica. È l' unione di questi due atti che anima l' obbligazione e l'ipoteca. La iscrizione presa in vigore del solo primo atto sarebbe nulla, come l'ipoteca costituita collo stesso atto, non potendo l' iscrizione niente aggiungnere all'ipoteca, in quanto alla validità, non dandogli vigore se non quando è validamente costituita; tal che se dopo una iscrizione presa in conseguenza di un' ipoteca nulla per la incapacità del debitore che l' ha stipulata, questo stesso debitore, essendo divenuto capace di contrarre, dasse una nuova ipoteca ad un' altra persona, questa nuova ipoteca, essendo iscritta, potrebbe avere tutto il suo effetto. I terzi non possono esser vincolati che dalla conoscenza della ratifica unita a quella dell' obbligazione. Posta la pubblicità dell'ipoteca, che forma la base della nostra legislazione, coloro che vogliono prestare od acquistare, debbono aver nozioni chiare e giuste delle ipoteche che han potute esser precedentemente create da quelli che vogliono prendere ad imprestito, o vendere, e non possono decidersi sulla esistenza o non esistenza, ovvero, il che torna allo stesso, sulla validità od invalidità dell' ipoteca senza la conoscenza che loro à dovuta essere data per mezzo della iscrizione: nè potrebbero essere arrestati dalla conoscenza che lor darebbe la iscrizione

sola di un' ipoteca nulla. Allora il creditore non dee più temere delle ulteriori variazioni del suo debitore, quando questi divenuto capace, e prima di contrarre nuova obbligazione, ratifica, e l' iscrizione vien presa in virtù dell' atto primitivo e della ratifica, sempre prima che sia presa iscrizione per una nuova obbligazione del debitore. Del resto le ipoteche legali surte contro al debitore fra l' atto primitivo e la ratifica, rimaner dovrebbero intatte.

Nè questo è ancor tutto. Convien riflettere alla forma delle ratifiche, onde conoscere se sieno efficaci, secondo le diverse circostanze. Qui potrebbe svilupparsi la dottrina insegnata da Dumoulin sugli atti di ricognizione e di conferma, al titolo dei *feudi §. 8 glos. in ver.* DENOMBREMENT numero 8, 9 e seguenti. Secondo il genere del difetto o vizio dell' atto, ei distingue il caso in cui bastava la semplice conferma, ch' egli chiamava *in forma comuni*, da quello in cui era necessario la ratifica ch' egli chiamava *ex-certa scientia*. Essa era fatta in forma dispositiva e non era tanto una conferma, quanto una nuova disposizione fatta da colui che ne ha la conoscenza, e che à la volontà e la intenzione di sanare il vizio dell'atto.

Ma io posso limitarmi alle semplici e precise disposizioni dell' articolo 1338 ✱ 1292 del Codice civile, nel quale si vede trasfuso tutto ciò avea già detto Dumoulin su questo proposito. « L' atto di conferma o ratifica di un' obbligazione, contra la quale la legge ammette l' azione di nullità o di rescissione, non è valido se non quando vi si trovi espressa la sostanza della obbligazione, il motivo dell' azion di rescissione, e la volontà di correggere il vizio su cui tale azione è fondata. » Tutto ciò è estranio alle obbligazioni che trattasi di ratificare a solo oggetto d' interromperne la pre-

scrizione, come sarebbero i titoli costitutivi dei canoni. Per questi basta che vi sia la più semplice conferma *in forma comuni*: ma per questo genere di crediti ipotecarj, non bisogna meno iscriversi, come per le altre obbligazioni di cui ho fatta parola, tanto in forza dei titoli primitivi che di quelli di ratifica. Convien sapere che gli antichi titoli costitutivi d' ipoteca sono in vigore, sia che trattisi d'ipoteca generale, sia che trattisi d'ipoteca particolare.

(Effetto del silenzio del minore o della donna maritata fino allo spirar dei dieci anni, durante i quali l'atto può venir contrastato.)

47. Ma le quistioni or ora da me trattate, almeno per ciò che riguarda il minore e la donna maritata, guidano ad un'altra controversia che merita di essere discussa. L'azione di nullità o rescissione di un atto si prescrive con dieci anni. Giusta l'articolo 1304 ✳ 1258 del Codice civile, questo termine corre, riguardo al minore, dal dì della sua maggiore età, e riguardo alla donna dal dì dello scioglimento del suo matrimonio. Questo articolo, per la parte che concerne il minore, è stato sostituito, come io l'ho già detto nel numero 44, all'articolo 134 della ordinanza del 1539. Se il minore o la donna maritata han fatto trascorrere questo termine, senza produrre verun reclamo, questa prescrizione mette, colui contro il quale fu stipulata la prima ipoteca, al coperto da qualunque contrasto? Consolida essa questa ipoteca anche malgrado la seconda ipoteca stipulata nella età maggiore, o dopo lo scioglimento del matrimonio, su i medesimi oggetti, e seguìta da una iscrizione come la prima?

Per l'affermativa potrebbe dirsi che secondo l'opinione degli autori antichi, questa prescrizione pu-

rifica il titolo; che ne corregge tutt'i vizj, e che lo fa considerare come fatto nella piena capacità di coloro che l'anno sottoscritto; che questa opinione si attinge dalla legge ultima del Codice, *si major factus alien. sine decreto ratam habuerit*, ch' è veramente precisa; ch' è quello ch' è stato giudicato in massima dalla gran camera del Parlamento di Rouen, 20 agosto 1689, riportàto da Basnage *cap. 3 pag.* 22; che tal'è pure l'avviso di Soutlage, *Trait. des hypot. pag. 125 e 126;* che questa giurisprudenza è tenuta come certa da Chabrol *sur la Coutume d' Auverg. tom. 2. p. 160.* Si potrebbe anche dire che la circostanza della seconda obbligazione, seguìta pure dalla iscrizione ipotecaria, non potrebbe privare il primo creditore con ipoteca, del benefizio che gli viene dal silenzio del debitore a suo riguardo, mentre tutto ciò gli è straniero; che la prescrizione non è interrotta dalla iscrizione presa contro il debitore, giusta l'articolo 2180 ✳ 2094 del Codice civile, e che con maggior ragione dee dirsi lo stesso riguardo a colui in favor del quale la prima ipoteca fu stipulata; la prescrizione non è interrotta se non dalle esecuzioni esercitate direttamente contro a colui che sarebbe nel dritto di giovarsene.

Non di meno, per forti che sembrino queste ragioni, io credo che siffatta opinione sia inammisibile nell' attuale nostra legislazione. Ripugna ai principj che possa darsi più efficacia ad una ratifica tacita, che deriva dalla semplice omissione di aver reclamato, di quel che possa attribuirsene ad una ratifica espressa, la quale non potrebbe mai nuocere al terzo. Nell' articolo 1338 ✳ 1392 del Codice civile si dice che, onde l'atto il quale racchiude qualche vizio nel principio non venga contrastato, è d' uopo che vi sia la conferma, o ratifica di esso; e che in mancanza di ratifica o

conferma, basta che l' obbligazione venga eseguita volontariamente dopo l'epoca in cui l' obbligazione stessa poteva esser validamente confermata o ratificata: ma vi si soggiunge, *senza pregiudizio però del dritto delle terze persone*. Ora io non veggo che, il silenzio fino allo spirar dell' epoca dopo di cui l' atto non può più essere contrastato, possa riguardarsi sotto un punto di vista diverso da quello della *esecuzion volontaria*: non può dunque avere maggiore efficacia. D' altronde, secondo i principj della nostra attual legislazione, l' ipoteca non è come un' altra volta, un' accessorio indispensabile della obbligazione: la sua esistenza è sottoposta a regole particolari. Il pignoramento è più particolarmente la cessione di un dritto reale; esso si accosta più all' alienazione del fondo, e non si può mai cedere ad alcuno, sia direttamente, sia indirettamente quel che si è di già ceduto ad altri; il che non di meno accadrebbe se, dopo aver ceduto in uno stato di libertà e di capacità, un dritto reale, com' è l' ipoteca, si cedesse poi nuovamente, ratificando, o tacitamente eseguendo, il primo atto costitutivo dello stesso dritto, ma nullo. È della natura del nostro sistema ipotecario che non vi sia alcuna incertezza sulla sorte delle ipoteche. Tutte le parti interessate posson riguardar come nulle quelle ipoteche ch' essendo infette di qualche nullità, vengon riprovate dalla legge; ed un' ipoteca stabilita una volta da colui ch' aveva la facoltà e la capacità di stipularla, deve sussistere in tutto il suo vigore, indipendentemente da qualsivoglia consenso, sia espresso, sia tacito, il quale menerebbe a far rivivere una prima ipoteca nulla dal principio, e che dee riguardarsi come se non fosse mai esistita, almeno relativamente al secondo debitore. Ho visto che il signor Battur nel suo *Traité des hypothèques, tom. 1. pag. 128 et suivantes* aveva

abbracciata la stessa opinione. I suoi ragionamenti son solidi; ed io ò creduto con maggior ragione di dover persistere in questo sentimento da me già formato, e messo anche in carta.

(Caso in cui la nullità può opporsi fra i trent' anni.)

48. Ma per ben intendere la prescrizione dei dieci anni, di cui è fatta parola nell'art. 1304 * 1258 del Codice civile, è necessario di sapere che l'articolo è relativo alle obbligazioni contratte personalmente dai minori e dalle donne maritate, senza le volute autorizzazioni o formalità; poichè, se in ordine al minore l' obbligazione fosse stata contratta dal suo tutore soltanto, o se quella in ordine alle donne maritate fosse stata contratta, senza il loro consenso, dal loro solo marito, allora non sarebbe più il caso della prescrizione di dieci anni, ma bensì quello della prescrizione ordinaria di trent' anni, i quali, riguardo al minore corrono dalla sua maggiore età, e riguardo alla donna maritata dallo scioglimento del suo matrimonio. Il signor Chabrol, *sur la Coutume d'Auvergne, tom. 2 pag. 152*, dicea con molta ragione sull'oggetto in disamina: « Certamente una vendita nulla, come quella fatta, *a non habente potestatem*, non acquista dopo i dieci anni maggiore autorità di quella che aveva il primo giorno, non vi è che la prescrizione di trent' anni utili, la quale può metter l' acquirente, (e può dirsi lo stesso del creditore) a coverto da una così leggittima domanda. » Tra questo caso e quello in cui un particolare avesse venduto od obbligato il fondo di un altro, non vi è alcuna differenza. Il proprietario non potrebbe perdere i suoi dritti che in vigore di una prescrizione di trent' anni.

(Obbligazioni contratte da un impubere.)

49. Dirò qualche cosa degli obblighi sottoscritti personalmente dagl'impuberi, senz'alcuna autorizzazione, quantunque gli esempj non sien rarissimi. O' sempre trovato che i grandi giureconsulti son di avviso, gli atti fatti dagl'impuberi essere assolutamente nulli e doversi considerare come inesistenti. Non vi si può vedere il germe di un contratto che può rinvigorirsi col silenzio di dieci anni a contare dalla maggiore età. Quando le leggi si spiegano intorno agli atti fatti dai minori, esse intendono sempre di parlar di coloro che sono nella pubertà, dappoichè avvicinandosi all'età in cui la ragion si presume, dee supporsi in essi qualche discernimento. Non di meno, potendo essere sedotti dalle passioni, o ingannati per mancanza di esperienza, la legge va in loro soccorso, accordandoli il benefizio della restituzione. Or tutto questo suppone un consenso, una obbligazione la cui sorte è subordinata alla volontà del minore che deve manifestarla in un termine prefisso. Ma non si può scorgere un'obbligazione civile, nè il germe di una simile obbligazione in quello che fa un impubere. Non si potrebbe scorgere nemmeno il principio di una obbligazion naturale in quello che contraesse, per esempio, in età puerile e che potrebbe appena parlare. Quindi niuna legge à fissato nel lungo intervallo fino alla pubertà, un'epoca in cui l'impubere possa agire innanzi ai tribunali, od ai pubblici uffiziali. I romani non rifiutavano tutto quello ch'avesse potuto fare un impubere, anche senza l'autorizzazione del tutore, ma non ne derivava altro se non che potevan render migliore la loro condizione. Intorno a ciò può consultarsi *la leg. 1 ff. de obligat. et act. §. 13*;

la leg. 1 de verb. oblig., *la leg. 6 Rem. pupilli vel etc. la leg. 5 de divers. reg. juris.*; e le istituzioni di Giustiniano *tit. de inut. stipul.* §. *9 e 10*; Gotofredo sulla *leg. 1 de verb. oblig.*; Vinnio e Borcholten sopra questi due paragrafi delle istituzioni si han data la cura d'indicare, dietro alcune leggi romane, l'epoca in cui l'impubere avrebbe potuto agire fra il tempo che passa da sette anni alla pubertà; ma in tutto quello ch'essi han detto, del pari che in tutto quello che si osserva nelle leggi a questo riguardo, a parlar propriamente, non si può vedere altro che una mancanza di legislazione: tutto al più non vi si potrebbe scorgere che qualche uso interamente straniero ai nostri costumi ed alle nostre leggi. Laonde io penso che si debba tenere per certo che colui il quale si querelasse aver contrattato con un impubere, non avrebbe alcun dritto di giovarsi del di lui silenzio, durante il corso di dieci anni dalla sua maggiore età, e che non potrebbe essere al coverto da qualunque istanza se non per la prescrizione di trent' anni utili.

(Caso in cui un particolare garantirebbe un altro.)

50. Secondo le circostanze nelle quali taluno si trova, può chiedere l'obbligazione con ipoteca, di qualche altro che si obbligherebbe pel debitore, o che si obbligherebbe di procurar la ratifica di quest' ultimo, giusta l'articolo 1120 * 1074 del Codice civile. I romani praticavan ciò giusta l'esempio che si trova specialmente nella *legg. 16, ff. ratam rem haberi §. 1. Si procurator cavisset (uti adsolet) ratam rem dominum habiturum.* Ma ben si vede quanto sarebbe fragile l'ipoteca stipulata in questa guisa. È manifesto che, tanto l'ipoteca quanto l'obbligazione, non avreb-

bero alcuna esistenza reale fino alla ratifica di colui pel quale è stata stipulata; e se, prima di questa ratifica questo si obbligasse ed ipotecasse i medesimi fondi verso altri creditori, non vi sarebbe altra ipoteca utile se non quest' ultima salvo il ricorso contro colui che avrebbe consentita la prima, facendosi garante del debitore. In tale caso particolarmente non vi può neppure essere quistione di retroattività al primo atto, poichè allora come lo dice d' Hericourt, *cap. 11, sez. 2, numero 8*, la ratifica non può tenersi come *una prima obbligazione*, non essendo le parti obbligate in alcun modo prima dell' atto cui si dà la qualità di ratifica. Sullo stesso oggetto può riscontrarsi Pothier. *Introd. au tit. 20 de la Coutum. d'Orléans ch. 2 sect. 20 num. 24*. Cosicchè per la solidità dell' ipoteca bisogna che sia accordata dallo stesso debitore, o da qualcuno munito di poteri in forza di mandato speciale.

Ma per le ragioni che sono state esposte nel numero 46, l'iscrizione presa contro il debitore pel quale un altro si sarebbe obbligato, essendo inefficace, come anche l' ipoteca, il creditore dovrebbe prendere una nuova iscrizione, principalmente in forza del secondo titolo, citando il primo.

(Per ipotecare un fondo convien esserne il proprietario. Ipoteca imposta da un erede apparente.)

51. Dopo di essermi spiegatò intorno alla nullità dell' ipoteca nascente da colui che l' ha stipulata come non atto a ciò, eccoci ad esporre i principj relativi alla invalidità di un' ipoteca per essersi stabilita su di un fondo da colui che n' è il proprietario.

Non si è mai potuta costituire un' ipoteca su di un fondo altrui senza l' espresso consenso del

proprietario. Questa impossibilità nasce dal principio elementare che non si può trasferire in un altro maggior dritto di quel che si ha. Molte volte si è detto, nell'antica legislazione, che poteasi vendere la cosa altrui. Quest'assertiva non era esattamente vera: la vendita non era efficace se non in questo senso, che il venditore, cioè, era obbligato di procurare al compratore la proprietà o di pagargli i danni-interessi nascenti dalla inesecuzion della vendita. Ma, poichè non poteva trasferire la proprietà, non poteva neppure imprimervi un'ipoteca. L'ipoteca non è la proprietà rigorosamente parlando: ma essa era, ed è anche oggi, giusta l'articolo 2114 ✻ 2000 del Codice civile, un *dritto reale* sopra uno stabile addetto all'adempimento di una obbligazione. Gli antichi giureconsulti avevan resa questa idea con molta energia. La glossa sulla legge *Rem alienam 41, ff. de pignorat. action.* così si esprimea: *In pignore oportet ut jus constituatur in re*; e Baldo sulla legge del Codice *Si fine ad S. C. Vell.* à detto: *Jus reale non potest constitui in re aliena sed tantum jus personale, quia res aliena non obligatur.* Questo principio finalmente deriva dalla definizione da me data dell'ipoteca, al num. 4, ed in questa occasione, come del pari in molte altre, si conoscerà il vantaggio di una definizione esatta.

Non di meno, nell'antica legislazione, quando colui che aveva ipotecato un fondo non suo se ne diveniva in seguito il proprietario, allora l'ipoteca aveva tutta la sua efficacia. Il che derivava da molte leggi romane e specialmente dalla legge *Rem alienam* da me citata, e dalla *legge 16 ff. de pign. et hypot.* §. 7. E non sempre l'ipoteca colpiva il fondo che non apparteneva a colui che la stipulava, sebbene in seguito ne divenisse il

proprietario. La glossa sulla *legge 1. ff. de pig. et hypot.* spiega i casi in cui questa estensione, o comunicazion d'ipoteca aveva luogo, e che Baldo, e quindi Mornac sulla legge 16 anzi citata esprimono con queste parole: *Tunc fit reconciliatio pignoris.* Un saggio e minuto sviluppo di questi casi trovasi pure nell' opera di Neguzanzio, *3 memb. 8 part. num. 4 e seg. pag. 834, ediz. del 1683.* Ma sarebbe sempre più curioso che utile di far conoscere queste disposizioni: basta dire che due motivi avevano fatto ammettere siffatta comunicazione d' ipoteca; da una parte si supponeva una tacita convenzione, per effetto della quale colui che stipulava l' ipoteca sul fondo non suo, si riputava che avesse così voluto, nell'idea che ne diverrebbe in seguito proprietario; dall' altra parte si fondava essenzialmente sulla estensione e l' effetto che aveva allora l' ipoteca nella sua generalità, tranne i paesi ove vi era la iscrizione, poichè cadeva tanto su i beni presenti che su i futuri.

Ma, venendo alla nostra attuale legislazione, è incontrastabile che un' ipoteca sul fondo altrui sarebbe assolutamente priva di effetti. Ciò è tanto più vero, che giusta l' articolo 1599 ✻ 1444 del Codice civile, la vendita della cosa altrui è *nulla*; che se essa dà luogo ai danni e interessi è solo quando il compratore ignorava che fosse di un altro. È certo del pari che non si potrebbe ammettere nella nostra legislazione l' eccezione ricevuta nell' antico dritto. L' ipoteca speciale ch' è quella che noi prendiam solo di mira in questo momento, rimarrebbe inefficace, anche quando colui che l'avesse data sul fondo non suo, ne divenisse proprietario in prosieguo. Non potrebbe farsi questa eccezione senza mettersi in opposizione colla pubblicità dell'ipoteca, ch' è il sistema dominante della nostra legislazione. In questa legislazione vi-

sono due punti essenziali che non bisogna perdere di vista, l' uno è la stabilità dell'ipoteca; l'altro è la sua efficacia. La sua stabilità, è la certezza della proprietà di colui che dà ipoteca, nel tempo in cui la dà. La sua efficacia, è la sua pubblicità per mezzo della iscrizione. Si dee dunque stare alla disposizione dell'articolo 2129 * 2015 del Codice civile, secondo il quale non vi è ipoteca convenzionale valida se non se quella data con ispecialità *su i fondi attualmente di pertinenza del debitore.*

Questo articolo si è proposto di toglier via tutte le induzioni che potrebbero ricavarsi dalle leggi romane, per far rivivere le ipoteche mal messe o assolutamente nulle; il che aprirebbe il varco a molte frodi e litigj. È anche per questa ragione che ò creduto dover trascurare le indicazioni che mi avrebbero somministrate gli autori antichi, e specialmente Neguzanzio, cosa che offrirebbe vastissimo campo a discussioni oggi inutili affatto. Una iscrizione non può arrestare i terzi i quali possono conoscere che l' immobile non era di colui che lo ipotecò. Quindi l' ipoteca accordata dal vero proprietario, sebbene iscritta dopo di quella accordata da chi non lo era allora, dovrebbe esser preferita a questa, purchè sia la stessa persona che avesse consentite le ultime ipoteche dopo di esser divenuto il proprietario del fondo ipotecato. Non è dunque da sorprendersi se la Corte di cassazione, con un arresto del 12 giugno 1817, abbia annullata una iscrizione perch' era anteriore al contratto, mercè cui il debitore diveniva proprietario del fondo ipotecato. Veg. Denevers an 1807 pag. 345.

Questa decisione deve aver luogo, sien qualunque le cause che faccian passare in seguito l' oggetto ipotecato in potere di colui che non ne aveva la proprietà quando vi costituì l' ipoteca. Il prin-

cipio deve esser seguito, sia che quest'ultimo abbia posteriormente comprato l' immobile da lui ipotecato prima di esserne il proprietario, sia che gli sia pervenuto come erede di colui, cui apparteneva il fondo ipotecato, sia che gli fosse ricaduto per effetto di un dritto fondato sopra un atto antico del quale se ne sarebbe spogliato. Citerò per esempio il caso di colui il quale avendo data un' ipoteca sul fondo che prima non gli apparteneva, lo avrebbe poi riavuto o per l' effetto di una rivoca di donazione per sopravvenienza di figli, o per effetto di un patto di reversione di un fondo da lui donato. Queste sono cagioni troppo lontane, troppo incerte perchè si possa attribuir loro l' effetto di far riguardare quello che, prima di siffatti avvenimenti, diede l' ipoteca, come il vero proprietario del fondo. Se dopo siffatti avvenimenti la stessa persona costituisse nuove ipoteche su i medesimi fondi, queste sarebbero valide, e le prime inefficaci. L' ipoteca non è, nè altra cosa può essere che lo stabilimento di un dritto reale, *jus in re*, e, per istabilirlo veramente, bisogna che di necessità si sia proprietario della cosa stessa.

Per un corollario di ciò che si è detto, quegli che avesse dato un fondo ad uno de' suoi figli non potrebbe ipotecarlo, anche quando la donazione fosse un' anticipazione di eredità, e quand'anche, dopo la morte del padre, il fondo fosse soggetto a collazione. La donazione non per questo è meno pura ed irrevocabile sotto tutt' i rapporti; e fatta una volta questa donazione, il donante non può più dirsi il proprietario del fondo donato. Il figlio donatario à la facoltà di rinunziare alla successione, e riceversi ciò che gli venne donato. In questo caso il fondo non può più ritornare al donante. Se, dopo la morte di questo, il donatario conferisce il fondo donato nella eredità, affin di stabi-

lire l'eguaglianza delle quote, ciò à luogo soltanto riguardo agli eredi, ma riguardo ai creditori del padre la donazione è ferma, ed ogni di lui proprietà sul fondo, fu perduta colla donazione. Dal che risulta che il figlio donatario avrebbe potuto validamente ipotecare il fondo donato. Ecco quello che stabilisce giudiziosamente, Basnage *des hypothèques ch. 13 pag. 278 édit. in 12*, contro una sentenza del parlamento di Parigi che aveva giudicato il contrario. D'Hericourt, *vente des immeub. ch. 10 sect. 2. n.° 43* dice che questo sentimento è il più conforme ai principj. Ma quando Basnage osserva che le ipoteche contratte dal figlio sui fondi a lui donati non si scioglierebbero, sebbene i fondi andassero in collazione, ciò deve intendersi nel caso che gli eredi non avessero interesse di domandare la risoluzione di tali ipoteche. Essi ànno effettivamente il dritto di domandare siffatta risoluzione, quando le ipoteche fossero state prese in loro pregiudizio. Questa risoluzione si opera, in termini di dritto, *ex antiqua causa*. Ma tutto ciò si rapporta ai principj relativi alle donazioni. (1)

Nondimeno io suppongo che una persona possedesse pubblicamente un immobile, che ne fosse tenuto per proprietario, sebben sel godesse in forza di un atto incompatibile colla proprietà, come sa-

(1) Replico: Ho conosciuto la 3 ediz. delle quistioni di dritto del sig. Merlin quando questo §. 3 era impresso. O' osservato in quel ch'ei dice *al tom. 3 par. Hypoteques §. 4. bis* alcune opinioni, contrarie almeno sotto certi rapparti, a quel ch'io ho detto sulla proprietà che aver dee del fondo ipotecato colui che lo ipoteca.

Ma io persisto nei principj da me esposti, giacchè li credo conformi alle disposizioni, ed al voto della nostra presente legislazione.

rebbe un affitto, e ch' egli lo ipotecasse, io stimo che questa ipoteca sarebbe valida, anche quando esiste un litigio che mirasse ad evincernelo; in questo caso il possesso deve far presumere la proprietà, specialmente se vi sono dei titoli che rendano questa proprietà apparente. L' ipoteca allora è costituita in buona fede, almeno per ciò che riguarda il creditore; tal che se colui che ha ipotecato il fondo se ne assicura in seguito la proprietà irrevocabile, e se si mette al coperto dall'evizione, sia per sentenza, sia per convenzione, l'ipoteca da lui già costituita conserva tutto il suo effetto. Questa induzione può tirarsi da quel che dice Basnage *pag. 46.* Dopo aver egli detto ch'è dell' essenza dell'ipoteca speciale che il creditore dimostri, la cosa ipotecata appartenere al debitore nel tempo del contratto, soggiunge: » Non dimeno, perchè sussista l' ipoteca speciale sul fondo che non appartiene al debitore, basta ch' egli abbia un qualche dritto sul fondo; *quia in eo jure consistit obbligatio.* » Neguzanzio 2 memb. 2 part. num. 6 e 7 aveva insegnato lo stesso. L' ipoteca speciale di cui parlano questi autori era quella che ammettevasi nel dritto romano. Essa era differente dalla nostra in quanto alla forma costitutiva ed in quanto agli effetti; ma le ragioni sembrano esser le medesime.

Dopo tutto ciò ben si comprende quanto sia dell' interesse di un creditore di vegliare perchè colui che gli dà ipoteca sia il vero proprietario del fondo ipotecato; e sopratutto quanto è importante, se quest' ultimo non fosse proprietario se non in forza di una vendita fattagli con iscrittura privata, che tale vendita venga registrata perchè abbia una data certa. Senza di ciò un' ipoteca stipulata davanti notajo dall' antico proprietario, avrebbe la preferenza sebben posteriore, per la massima che gli atti formati con iscrittura privata, essendo sen-

za data certa non posson nuocere ai terzi. Onde viemeglio si conosca quanto importi la precauzione da me indicata, osserverò che la Corte reale di Colmar, à giudicato con decisione degli 11 marzo 1817, *Denevers, detto anno pag. 144 al supp.* che una vendita con iscrittura privata non può impedire gli effetti dell' ipoteca nascente da una sentenza emessa prima del registro di quella scrittura, quando anche la vendita si fosse menzionata in un atto di ricognizione stipulato per man di notajo, posteriormente però alla iscrizione della ipoteca. Si è deciso che in questo caso non vi è principio di prova per iscritto per poter poi venire alla testimoniale, tendente a dimostrare che la vendita precedette la sentenza.

Si comprende ancora, per analogia, che ogni acquirente dee far costare il suo acquisto per mezzo di un atto autentico, e non di una scrittura privata, meno che non sia questa subito registrata. Se ciò manca, malgrado un pubblico possesso, l' immobile da lui acquistato potrebbe esser gravato d'ipoteche, effettivamente, fino a che la vendita non si stipuli da un notajo, o fino al registro della vendita fatta con iscrittura privata. Una decisione della Corte reale di Riom, 3 gennajo 1820 1.ª camera, riferita nel giornale delle udienze di questa Corte, à ben giudicato che un compratore con atto sotto firma privata, non poteva essere molestato per un ipoteca creata dal venditore prima del registro dell' atto; ma questa decisione fu fatta unicamente per circostanze particolari. Il passaggio della proprietà era già seguita in forza di atti amministrativi ch'ebbero luogo poco tempo dopo della vendita, e prima della nuova ipoteca creata dal venditore. Coll' atto costitutivo di questa ipoteca, non si stabiliva che il debitore possedesse allora l' immobile venduto, poichè l' ipoteca cadeva generalmente su

tutt' i beni ch' egli possedeva nel circondario, il che sembrò sufficiente perchè vi fosse una specialità d' ipoteca : ma non vi era un' ipoteca tassativa, sull' immobile in quistione. Finalmente, si diceva nella spropriazione forzata di molti fondi, nel numero dei quali vi era il fondo venduto, e di cui il compratore domandava la separazione, che lo stesso acquirente possedeva questo immobile senza sapersi con quale titolo. Non sarebbe mai prudenza di abbandonare la stabilità d' un acquisto al risultato di simili circostanze la cui dimostrazione spesso può divenire difficile. Veggasi quel ch'io dico sul concorso degli atti che hanno una data certa, e di quelli che non hanno questo vantaggio.

È insorta una disputa importante per sapersi se la vendita fatta di un fondo dall' erede apparente, che si avesse appropriata la eredità nella quale il fondo è compreso, potrebbe esser convenuto dal vero erede che si mostrasse dopo un lungo silenzio, o che si fosse semplicemente astenuto senza fare alcuna rinunzia all'eredità. Ben si vede che se in questo caso la vendita era nulla, dovrebbe esser nulla l' ipoteca ancora che questo erede apparente avesse impressa sul fondo del quale è in possesso. Al cominciar di questo paragrafo si è veduto che la facoltà d' ipotecare è una conseguenza di quella di alienare, tal chè l' ipoteca dovrebbe avere la sorte medesima della vendita. Non si può più ipotecare quel ch' è di un altro, come non si può alienare.

Io aveva detto, *Traité des donations n. 1. pag. 534 n. 306* che la pena di non aver chiesto il legato si limita alla perdita dei frutti a contar dal giorno della morte del testatore fino alla domanda; che la proprietà non è meno del legatario dal momento della morte del testatore ; cosicchè se l' erede vendesse l' oggetto legato, prima o

dopo la domanda giudiziale, il legatario potrebbe rivendicarlo come una sua proprietà venduta da un altro. Io aveva sviluppati i motivi di questa opinione; io la teneva per incontrastabile. Considerava la facoltà di vendere accordata in questo caso all' erede, qualunque fosse la sua buona fede e quella dell' acquirente come un mezzo troppo facile e troppo pericoloso per offendere il dritto sacro della proprietà. Io invocava su di ciò gli antichi principj consegnati nelle leggi romane. Io sosteneva che si eran sempre seguiti nell' antica legislazion francese, e che nulla indicava un cangiamento a questo riguardo nella legislazione novella.

Alcuni anni dopo vidi una decisione della Corte di cassazione del dì 3 agosto 1815, che rigettando un ricorso contro una decisione della Corte reale di Caen, del 21 febbrajo 1814 aveva deciso positivamente che la vendita fatta da un erede apparente era valida, e ciò in pregiudizio del vero erede che reclamava, contra l' acquirente, il fondo venduto. I motimi della decisione sono che » la decisione denunziata è fondata sopra un' antica giurisprudenza *conforme al dritto romano*, e sostenuta dai più possenti motivi *d' ordine, e d'interesse pubblico*; ch' essa si concilia cogli articoli pretesi, violati, 549 724 e 1599 * 474, 645 e 1444 del Codice civile, i quali stabiliscono per modo di massima e di principio generale. Confesso che rimasi infinitamente sorpreso di tale decisione. Mi fece dubitar dei miei principj relativamente alla vendita del fondo legato fatta dall' erede, ed alla nullità di essa a fronte del legatario, i cui dritti eran sempre salvi. Feci vani sforzi per arrestar la mia attenzione su i principj su i quali si fondava la decisione, anche sotto al rapporto del dritto romano, vagamente indicati.

Toullier, nel suo *dritto civile francese* si è vi-

gorosamante elevato contro questa decisione della Corte di cassazione. Merlin nella sua terza edizione delle *Questions de droit*, alla parola *héritiers* §. 3 à combattuta con forza l' opinione di Toullier: questo à confutata quella di Merlin con una dissertazione particolare che trovasi alla fine del 9 volume del *Dritto civile*. Tra questi due profondi giureconsulti è sorta una disputa in cui distinguonsi del pari e per la erudizione, e per la urbanità. Conviene necessariamente decidersi per l' uno o per l'altro de'due avvisi. Si può ben dire che sopra un processo tanto ben istruito non è difficile di emettere la propria opinione.

Sarebbe inutile affatto ch' io qui intraprendessi a confutare il sig. Merlin. Io non debbo fare quello che dal sig. Toullier è stato così ben fatto. Non vi era che una via per andar dritto alla meta, ed egli l' ha battuta con un passo fermo, e vigoroso. La forza della verità, ricercata anche dal sig. Merlin, à ottenuto dall' esattezza del suo giudizio concessioni che nè la fecondità della sua immaginazione, nè le risorse del suo spirito han potuto distruggere. Quelle ch' ei presentava come principj positivi dedotti dal dritto ramano riduconsi ad oscurità ed incertezze nelle quali è impossibile di rinvenire i caratteri di una legislazione.

Ma l' opinione del sig. Merlin non poteva sostenersi coi principj del dritto francese più di quello che il potesse coi principj del dritto romano. Lo squarcio citato del celebre Cochin, ricavato da una memoria ch' è nelle di lui opere *tom. 4 pag. 326* non riguarda se non ciò ch' è relativo all' amministrazione, ed all'effetto di sentenze rese in contraddizione dell' erede apparente, nell' ignoranza nella quale si poteva essere dell'esistenza del vero erede. »È dunque un principio costante, conchiude Cochin, che *quel ch'è giudicato* in contraddizione del solo ere-

de apparente è del pari *deciso* contro tutti gli altri. » Ora queste idee non eran nuove al tempo di Cochin; e si trovano negli autori che lo han preceduto. Tanto per questo, quanto per la restituzione de' frutti per parte dell' erede apparente al vero erede si è sempre avuto dell' indulgenza pel primo. Ch'è ciò che diceva Lebrun nel *Traité des succes. liv. 2 ch. 7 sect. 1 n. 18, et liv. 3 ch. 4 n. 57*, ove più particolarmente si spiega sugli atti di semplice amministrazione, e sulle transazioni utili. Ch'è ciò che si legge in Domat *Lois. civ. liv. 3 tit. 5 sect. 2 n. 9 nota:* « Se quello, ei dice, il quale si fosse trovato solo a raccogliere una successione della quale non si conoscessero altri eredi, avendone goduto durante più anni, e sopraggiungesse un altro erede nel medesimo grado, ma la di cui parentela era per lo innanzi, sconosciuta, e che questo erede il quale avesse goduto durante questo lungo intervallo non potesse restituire i frutti della quota spettante al suo coerede senza rimanerne rovinato o molto dissestato, sarebbe un tratto di equità il moderare siffatta restituzione temperandola secondo le circostanze.» Ma Cochin, Lebrun, e Domat àn forse detto che la vendita fatta dell' erede apparente fosse valida e potesse spogliare il vero erede che reclama l' eredità? Cochin non ne fa motto; si desume l' opposto dalle parole di Domat; e Lebrun nell' ultimo dei luoghi pocanzi citati, dà per massima che la vendita sarebbe nulla. » Infine, ei dice, si può sostenere che un erede beneficiario, viene escluso da un erede puro e semplice (oggetto di cui ora non ci occupiamo), in certo modo, come un erede più lontano che si sarebbe messo in possesso, e che poi sarebbe escluso dal più prossimo erede. Ora egli è certo che questo erede più lontano, *non avrebbe potuto alienare*, *durante il suo godimento* in

danno del più prossimo erede. » Lebrun nello stesso luogo applica i medesimi principj al legato; egl'insegna che l' erede incaricato di renderlo non può alienarlo, *nè ipotecarlo*: egli trae argomento dalla legge *Si duobus al Cod. comm. de leg.* Tutto questo risulta dalle seguenti due massime del dritto romano, la cui verità e giustizia si riconosce a colpo d' occhio. *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet. Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

Per sostenere l' opinione del signor Merlin sarebbe stato necessario di eguagliar l' erede che tace, e sembra semplicemente di astenersi dall'eredità, a colui che espressamente vi rinunzia. Ecco quel ch' ei fece sulle prime: ma nella sua confutazione egli si procurò il merito di ritrattarla, o almeno di modificarla: or questo esame è quì superfluo, dopo quello che n' è stato detto da Toullier.

Io non debbo dissimulare che alcuni altri autori moderni àn discussa la quistione in ordine alla validità, od invalidità della vendita. Ma che cosa possono alcune particolari opinioni, e che cosa possono alcune antiche sentenze isolate nelle quali pare che molto abbiano influito circostanze particolari, contro questi due gran principj, l'uno cioè, che il dritto di proprietà è sacro; l' altro che niuno può essere privato da ciò che gli appartiene a meno che nol sia per sua volontà, o per espressa disposizione della legge? D' altronde tutte le opinioni e tutte le incertezze debbono essere subordinate alle disposizioni del Codice civile. Or sull' oggetto in esame se ne possono veder più precise di quelle contenute negli articoli 136, 137, 138, 1599 e 2182 ✱ 142, 143, 144, 1444 e 2076, i quali sono stati perfettamente sviluppati dal signor Toullier?

Debbo osservare che per quel che riguarda la vendita fatta dall'erede, del fondo legato, di cui Toullier non à dovuto occuparsi, Merlin, nella sua confutazione, conviene che questa vendita sarebbe nulla. Io qui non esamino le ragioni della differenza ch'ei mette fra questo caso e quello della vendita fatta dall' erede apparente dei fondi dell' eredità, in pregiudizio dell' erede legittimo: si potran valutare queste ragioni leggendo la risposta di Toullier. Ma dopo la confessione positiva del signor Merlin sulla nullità della vendita del legato, la opinione da me data fuori si rinvigorisce con quella di un giureconsulto così celebre.

Senza dubbio è spiacevole di doversela prendere con una decisione di una Corte così autorevole pel suo amore alla giustizia e pei suoi lumi, com' è appunto la Corte di cassazione. Quali magistrati e giureconsulti ignorar potrebbero i vantaggi recati alla società civile dalla saggezza delle sue decisioni? Ma è forse un contrariarla sommettondole alcune osservazioni? Questa idea sarebbe opposta a quel rispetto ch' essa con tanti titoli si ha meritato. Qui si tratta di un dritto di proprietà, e chi potrà essere biasimato di manifestare il timore che non si assuefaccino a far dipendere un dritto così sacro dalla buona o cattiva fede che si potrà o non si potrà riconoscere sia in un venditore, sia in un compratore? Che mi sia permesso di rammentare una delle più belle massime del dritto romano: *Melius est intacta jura servare, quam post causam vulneratam, remedium quærere. Leg. ult. Cod. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est.*

Io adunque credo poter dire, aspettando che la giurisprudenza divenga certa su questa importante controversia, che un' ipoteca la quale sarebbe imposta sul fondo di una eredità dall' erede appa-

rente, sarebbe nulla relativamente all' erede vero che reclamerebbe poi la sua proprietà: che sarebbe lo stesso di un' ipoteca imposta dall' erede sul fondo legatogli.

Di là la conseguenza che non vi sarebbero ipoteche regolarmente consentite, meno quelle che il fossero state dall' erede legittimo o dal legatario, anche quando fossero posteriori. Risulta ancora che ove accader potesse che l' erede apparente il quale avesse ipotecato ciò che al vero erede appartiene, o che il vero erede il quale avesse ipotecato ciò che appartiene al legatario, il che non potrebb'essere se non quando questi eredi fossero divenuti realmente proprietarj, ratificassero le prime ipoteche ch' emanano da essi, tali ratifiche non potrebbero nuocere alle ipoteche sieno speciali, sieno giudiziarie, sieno legali che prima gravano l'immobile intestato all'erede legittimo, od al legatario. La nullità di queste ratifiche rapporto ai terzi, deriverebbe dal principio da me stabilito nel presente paragrafo, che la ratifica, cioè, non à mai effetto retroattivo in pregiudizio delle ipoteche acquistate nel tempo intermedio (1).

---

(1) Ciò che io ò detto rapporto alla vendita fatta dall' erede apparente o vero, del fondo legato, è la sola addizione fatta nel corpo dell'opera, dopo aver conosciuta la 3 edizione delle *quistioni di dritto* di Merlin. Sul rimanente mi spiego colle note.

Debbo qui avvertire che nel corso di questo trattato, composto prima ch' io conoscessi la 3 edizione, ò citato, all' uopo, non solo la prima edizione, ma anche la seconda che sopra certi punti conteneva delle modificazioni a quello che si era detto nella prima. E quanto alle decisioni ch'ò dovute citare dopo la 2 edizione, e che il sig. Merlin riferisce ancora, le ò attinte dalle loro sorgenti, allora conosciute, e specialmente dalle raccolte di Sirey e Denevers. Non can-

(Della proprietà di colui i cui beni sono colpiti da un ipoteca generale.)

52. Ciò ch' è stato detto intorno alla proprietà che deve avere colui il quale dà ipoteca, riguarda l' ipoteca speciale. In quanto all' ipoteca generale che cade su i beni presenti e futuri, essa differisce troppo e per la sua natura e pe' suoi effetti dall' ipoteca generale per non doverla sottoporre ad altri principj. Nel dritto francese, e secondo le leggi romane, l' ipoteca colpiva di dritto non solo i beni presenti ma i futuri; ed affinchè l'ipoteca non colpisse se non i beni presenti, ovvero alcuni determinati beni, vi bisognava una stipulazione espressa e precisa, giusta l' avviso di Domat. *Lois. civ. liv. 3 tit. 1. sect. 1. num.° 6.*

Ma nel caso d' ipoteca generale senza limitazione, il modo col quale i beni futuri dovevano esser gravati d'ipoteca, aveva fatta nascere una difficoltà. L' ipoteca prendeva il suo grado, ed aveva il suo effetto dal dì del contratto, o dal giorno in cui ciascuno de' fondi ipotecati veniva in potere del debitore? Coquille sulla costumanza del Nivernois *ch. 7 art. 10* conveniva esser *la opinione comune e volgare* che il più antico creditore fosse preferito a coloro ch' eran posteriori in ipoteca; ma

gerò le mie citazioni. L' oggetto essenziale è che le cose sian conosciute, e che i fonti dai quali si son prese le citazioni posson essere verificati. Questa 3. edizione contiene anche decisioni sopra quistioni transitorie ed intermedie. Avrei dovute trascurarle, almeno in parte: vi fo delle osservazioni ov'era conveniente di farle, poichè queste quistioni giornalmente si fan più rare, ed è da supporre che fra pochi altri anni non ve ne saranno. Mi limito a ciò che riguarda il Codice civile.

egli dicea di non poter aderire a siffatta opinione e credeva che tutt' i creditori ipotecarj dovevan concorrere sopra ogni oggetto acquistato dal debitore, dal momento in cui lo acquistava, e proporzionatamente ai crediti. Appoggiava il suo sentimento a forti ragioni, e bisognava aspettarsele per parte di un autore così saggio e così giudizioso. Per maggiore intelligenza della controversia, e perchè il suo sentimento conferma i principj da me esposti sulla necessità di aver la proprietà del fondo che viene specialmente ipotecato: e perchè esso tende anche a vieppiù stabilire i principj sopra altre quistioni, stimo non inutile di quì riferire le sue espressioni. « È regola di dritto, ei dice, che niuno possa ipotecare se non ciò ch' è suo al tempo in cui l' ipoteca si costituisce. *L. ante omnia ff. de probat.* Vero è che quegli il quale obbliga ed ipoteca i suoi beni, si ha come se obbligasse i suoi beni presenti e futuri: ma l' ipoteca dei beni futuri non comincia ad aver forza su i beni in seguito acquistati, se non nell' istante medesimo nel quale il debitore ne diviene il proprietario. Al momento di siffatta creazione d' ipoteca, tutt' i creditori concorrono del pari, per opera di legge, per acquistar tale ipoteca, non richiedendosi verun nuovo consenso del debitore. La concorrenza di tutti loro, egualmente diligenti, fa che facendosi ostacolo a vicenda, debbono partecipare tutti non con porzioni virili, ma ciascuno *pro rata* del debito ».

Coquille fondava il suo avviso sopra una moltitudine di induzioni ricavate dalle leggi romane, e sopra molti ragionamenti che sembrar potevano concludenti. Ciò nondimeno egli è vero che l' applicazione da esso fatta delle leggi romane era equivoca ed anche sforzata. Eppure i suoi ragionamenti non lascian per questo di essere impo-

nenti. Ma si era troppo avvezzo alla impressione dell' ipoteca sui beni futuri, e nel tempo stesso su i beni presenti; e questa facoltà d' ipotecare anticipatamente beni che un giorno potevano appartenere al debitore, era molto comoda perchè dovesse abbandonarsi. Fu questo comando medesimo che introdusse presso i romani, con un semplice patto l' ipoteca generale su i beni presenti e futuri, il che produsse un rilassamento sotto al rapporto delle regole severe del loro antico dritto, come l' ho fatto conoscere nel discorso preliminare.

Gli autori, e particolarmente Basnage, *des hypoth. ch. 5* e d' Héricourt, *vent. des immeubles ch. 11 sect. 2 n.° 13*, hanno combattuto il sentimento di Coquille, e prima e dopo si vede seguir l' antico principio che vige ancora fra noi, quando l' ipoteca generale è conservata; vale à dire che in qualunque tempo il debitore divien proprietario della cosa, il più antico creditore à sempre la preferenza. Pothier, *Introd. au tit. 20 de la Coutum. d'Orléans ch. 9 num. 22 et suiv.*, sviluppa questo principio con chiarezza e con semplicità. « Poichè, ei dice, l' ipoteca che noi diamo sui nostri beni futuri non nasce se non nel momento che li acquistiamo, e che noi ne diveniamo proprietarj (seguendo il principio da lui già stabilito, che l' ipoteca essendo un dritto nella cosa, non v' ha che il proprietario, o la legge invece sua, che possa ipotecarlo) non bisogna conchiuderne che se io ò ipotecato in diversi tempi a diversi creditori i miei beni futuri prima ch' io avessi acquistata una data eredità, questi creditori ipotecarj debbono concorrere. Egli è vero, soggiunge Pothier ch' esse nascono nel medesimo tempo, ma il primo col quale ho convenuto d' ipotecargli i miei beni futuri, non per questo deve

meno preferirsi al secondo, il secondo al terzo, e così di seguito; giacchè io con siffatta convenzione ho interdetto a me stesso *di poter ipotecare ad altri i miei beni futuri in pregiudizio dell' ipoteca accordatagli*. Donde siegue che l'ipoteca del secondo non poteva consistere in altro che di quello rimasto dopo soddisfatto il primo ».

Ad onta di ciò è sempre vero che per ogni ipoteca qualunque bisogna che il debitore sia stato proprietario dell' oggetto sul quale l' ipoteca à dovuto essere esercitata, con questa essenziale differenza, che per l'ipoteca speciale, la proprietà dev' essere del debitore al momento in cui l'ipoteca è costituita; laddove per l'ipoteca generale che può non esistere anche su i beni presenti, poichè può star che non ve ne siano, ma solo sui beni futuri, egli basta che dopo che l'ipoteca generale à avuto luogo, il debitore divenga proprietario di uno o più fondi. Appena ch' essi vengono in potere del debitore cadono sotto il giogo dell' ipoteca, e vi rimangono soggetti anche quando il debitore gli alienasse; ed ancorchè passino in altre mani possono essere ripresi. In questo caso convien risalire al principio da me stabilito in ordine all' ipoteca speciale il quale è che il possessore di una cosa riputandosene il proprietario fino a che non si dimostri il contrario, basta provare che un fondo è stato posseduto dal debitore gravato d'ipoteca generale, dopo che questa ipoteca à cominciato ad esistere, per poter conchiudere ch' egli poteva ipotecarlo, e che l' ha effettivamente ipotecato, ammeno che non si giustifichi ch' esso non gli apparteneva. Sebbene tutto ciò sia elementare, pure è indispensabile di risalire a questi elementi per ben intendere la presente nostra legislazione.

(Si può ipotecare un fondo senza esserne proprietario incommutabile.)

53. Ma sotto diversi punti di vista si può costituire validamente un' ipoteca sebbene non si sia proprietario incommutabile del fondo. Una proprietà può esser soggetta a condizioni risolutorie ma incerte, le quali verificandosi potrebbero rivocarla. Ciò nondimeno non sarebbe ragionevole di metterla, per così dire, fuori del commercio, negando la facoltà d' ipotecarla. L' effetto dell' ipoteca si determina da quello del dritto che opera lo rivocamento, o modificazione della proprietà. Si può citare per esempio il caso in cui una persona ipotecasse un fondo acquistato senza dritto di ricompra, o sotto un' altra condizione sospensiva, o risolutoria. Secondo l' articolo 2125 ✱ 2011 l' ipoteca risolverebbesi e seguirebbe la sorte della proprietà : ma non esisterebbe meno di quel ch' esisteva. Io mi spiegherò più chiaramente a questo proposito nel §. 1. della sez. 3. del presente capitolo.

(Dei beni che soltanto possono ipotecarsi quando un maggiore si obbliga con una donna maritata, o con un minore o quando si fa garante di essi.)

54. Terminerò questo paragrafo colla spiegazione di alcuni casi particolari che allogansi fra le quistioni relative alle persone che possono, oppur no, obbligarsi.

Una donna maritata può trovarsi nella incapacità assoluta di obbligarsi, ed ipotecare i suoi beni: può accadere lo stesso per un minore. Onde rimediare a tale incapacità e dare un effetto stabile veramente alla obbligazione, un maggiore, padrone di disporre del suo, si obbliga solidalmente con un minore. Un marito, di età maggiore, può solidalmente obbligarsi colla moglie. Si veggono giornal-

mente dei mariti obbligarsi tanto nel loro proprio e privato nome, quanto in qualità di mariti, o congiuntamente, e solidalmente colle loro mogli, anche colla regola dotale. Vi son de' casi, come lo dirò nel num., seguente, in cui un maggiore, diverso dal marito, può dar cauzione per una donna maritata. Il marito, o altri, che si obbliga solidalmente colla donna maritata, o quello che si obbliga del pari con un minore, contraggono l'obbligo di una cauzione, e secondo l'oggetto e lo scopo di siffatta solidarietà, rinunziano al benefizio della divisione o discussione. Può sorgere il dubbio onde sapersi se per la sicurezza della obbligazione può ipotecarsi il fondo della donna maritata, o quello del minore; o se per questa sicurezza non può essere costituita valida ipoteca se non lo è su i fondi del maggiore, che si rende obbligato solidale.

È indubitato che l'ipoteca cadrebbe inutilmente su i fondi della donna maritata, o del minore. Tali erano gli antichi principj, e non potrebbe esservi una ragione per decidersi diversamente: a nulla varrebbe il dire che trattasi d' ipoteca speciale su i beni appartenenti alla donna maritata, od al minore, e che il maggiore si obbliga solidalmente per garantire la validità di questa ipoteca. Qui conviene ricordare i principj già esposti che non si può ipotecare l'altrui fondo. Il maggiore adunque non potrebbe ipotecare il fondo della donna maritata, o del minore, e questi non l'avrebbero neppur potuto ipotecare a causa della loro incapacità.

Certamente, il maggiore che si obbliga solidariamente, o colui che si fa garante, poichè io non metto veruna differenza in questi due casi, è garante verso colui a pro del quale l' obbligazione è stata contratta, e per la quale è stata data ipoteca sui beni della donna maritata o del minore:

ma si conosce l' enorme differenza la quale esiste, riguardo ai terzi, fra un'ipoteca regolare e validamente data sopra un fondo da chi ne à la proprietà, ed à la capacità d' ipotecare, ed un' ipoteca impressa da colui che non ne sarebbe il proprietario, ma che l'avrebbe data per effetto della sua garentia, stante la incapacità del proprietario.

Laonde supponendo che la donna maritata o il minore, divenuti capaci di obbligarsi, ipotecassero gli stessi fondi a persone diverse da colui in favor del quale l' obbligazione di cui io parlo è stata contratta; le ultime ipoteche, senz' alcun dubbio vincerebbero la prima. Ciò non di meno si vede, che se la prima ipoteca fosse stata validamente ratificata dai principali obbligati, divenuti capaci di obbligarsi, questa ratifica sanerebbe il vizio della prima ipoteca: ma bisognerebbe ancora che l'iscrizione fosse presa tanto in forza del primo titolo che della ratifica, e l' ipoteca prenderebbe la data dal dì della iscrizione. Veggasi il numero 46. Si conosce dunque che nel caso di cui si tratta non vi può essere ipoteca sicura se non quella data dall' obbligato solidale, o dal garante, sopra i suoi proprj fondi.

(Casi in cui la nullità dell'obbligazione del principale obbligato giova al fidejussore. Del garante del minore. Del garante della donna maritata.)

55. In ogni tempo sono insorte gravi difficoltà per sapersi in quali casi le eccezioni opposte dal principale obbligato contro la obbligazione, giovino al fidejussore. Ben si vede allora che la sorte delle ipoteche date per la sicurezza delle fidejussioni era subordinata a quella delle obbligazioni de' principali debitori. Non può non rimanersi pienamente convinto di tutte queste difficoltà, leggendosi d'Ar-

gentré, sull'articolo 464 *de la Coutume de Bretagne*, e Basnage, *des ipothèques, 2 part. ch. 4 pag. 510 èdit. in-12.* Tutto quel ch' essi dicono presso a poco si riduce ad una critica ben fondata sulle antinomìe che moltissime leggi romane presentano a questo riguardo, e sulla conoscenza degli ostacoli che incontravansi quando si cercava di giungere a snodamenti precisi, secondo la diversità dei casi. Eranvi molti principj generali dai quali risultava che la fidejussione, non potea venir validamente opposta ad una obbligazione nulla in se medesima; e che la nullità della obbligazion principale trascinava seco la nullità della fidejussione. *Cum causa principalis non consistit, ne eæ quidem quæ sequuntur locum habent* L. 178 ff. *de reg. jur. Fidejussor accipi potest, quoties est aliqua obligatio civilis, vel naturalis cui applicetur.* L. 16 §. 3 ff. *de fidejus.* Siccome però questi principj, presi in tutta la loro ampiezza presentavano inconvenienti gravissimi, poichè menavano alla soppressione di molte utili transazioni nella società civile, così fu forza di distinguere le diverse specie di nullità. Alcune dovean produrre la nullità tanto della fidejussione che della obbligazion principale; altre non potevan partorire lo stesso effetto. Ora, le nullità variando all'infinito nelle diverse loro specie, si sono incontrati grandi ostacoli nelle distinzioni che si è stato nell'obbligo di fare, e questa indagine essendo molto dilicata, vi si è naturalmente mischiata molta sottigliezza. In mancanza d' indicazioni caratteristiche per ogni nullità, è stato d'uopo risalire alla loro origine, ed alla loro natura per ordinarle, il che à dischiuso un vasto campo ai ragionamenti, alle interpretazioni ed alle opinioni diverse.

Nel nostro Codice civile vi è un articolo importantissimo e che serve come di guida in questa

materia. Esso racchiude con precisione un principio fecondo di conseguenze: ma si tratta di dedurle con esattezza. Intendo parlare dell' articolo 2012 ✳ 1884 così concepito : « La fidejussione non può sussistere se non è valida la obbligazione. Può ciò non ostante prestarsi la fidejussione per una obbligazione, la quale possa essere annullata in forza di una eccezione meramente personale all' obbligato, siccome è il caso della minore età ». Convien indagar con molta cura il senso di questo articolo, e cercar di non ingannarci intorno all' applicazion sua alle differenti nullità che potrebbero contenersi nella obbligazion principale. Affin di procedere con metodo è necessario distinguere le obbligazioni dei minori da quelle delle donne maritate : cominciam dalle prime.

La legge prende di mira una obbligazione *valida*; essa à voluto non ammettere la validità della fidejussione se non è stata contratta per l' appoggio di una simile obbligazione. Malgrado ciò essa non vuol pronunziare indefinitamente la invalidità d' una fidejussione, e la rende operativa se l' obbligazione viene annullata solo per effetto di una eccezione meramente personale all' obbligato. Che cosa dobbiam conchiudere dal ravvicinamento di queste idee? Che il legislatore ha supposte due specie di nullità, l' una *assoluta*, l' altra *relativa*. La nullità relativa parrebbe, a primo aspetto non riguardar che il minore sotto il rapporto della incapacità personale da cui vien egli colpito come minore : ma si caderebbe in errori madornali se s' intendesse a questo modo l'articolo 2012 ✳ 1884 Vi sono delle nullità assolute, delle obbligazioni non valide, tanto pei minori che per le altre persone, astrazion fatta dalla sua qualità di minore: e se la fidejussione sussisterà in tutto il suo rigore sol quando si può annullar la obbligazione di sif-

fatta qualità, dalla quale si ricava la eccezion personale, non è poi men vero che se il minore garentito può opporre una nullità che non dipenda dalla sua qualità di minore, allora questa nullità giova benanche al fidejussore.

Ciò posto, bisogna indagar le cause delle nullità in forza delle quali la obbligazion principale può essere impugnata; così la obbligazion principale è infetta di dolo, di frode, di errore; se vi è lesione; s'è l'effetto della violenza, non vi è più obbligazione, e quindi neppur valida fidejussione. Dicendo *lesione*, intendo parlare di una lesione che di sua natura, darebbe luogo ad una rescissione tanto riguardo al maggiore che al minore. Citerò, per esempio, la lesione che, in fatto di vendita, è ad una misura stabilita la quale produce la rescissione. È certo, sebbene io abbia visto contrastar questo punto di dritto, che, nell'antica giurisprudenza, il benefizio di questa rescissione giovava così al fidejussore che al minore garentito, e nella nostra legislazione nulla indica un cangiamento a questo proposito. Tutte queste circostanze viziano sostanzialmente l'obbligazione, e la fidejussione sparisce con essa, come l'ombra sparisce col corpo, per usar l'espressioni di Argentrè sull'articolo 464 *de la Coutume de Bretagne*: *Cum fidejussoria obligatio sit veluti umbra in corpore*. Sarebbe la stessa cosa se la nullità dell'obbligazione derivasse o dal non essere l'oggetto della convenzione nel commercio degli uomini, ovvero dall'essere la convenzione contraria ai buoni costumi od all'ordine pubblico. Il che, in seguito delle stesse leggi romane vien così espresso dal dotto e giudizioso giureconsulto da me poc'anzi citato: *Cum lex contractum fieri vetat, dispositione prohibitoria a rebus sumpta, aut quia res in commercio non sit, aut inhonesta sit causa,*

aut prohibitio habens publicam causam, toties quia obligatio principalis nulla sit, nec fidejussoriam posse subsistere.

Ma se la obbligazione è nulla per una eccezione unicamente inerente alla persona del minore obbligato, o relativamente alla sua incapacità come minore; se, come dice l'articolo 2012 ✳ 1884; l'obbligazione non può essere annullata se non per un'*eccezione meramente personale* al minore, che ivi si cita per esempio, allora la fidejussione non cessa di sussistere. Il fidejussore divien garante di siffatta eccezione, se venisse opposta, e la validità dell' ipoteca, cui esso avrebbe prestato il consenso non ammetterebbe più dubbj. È precisamente pel timore di questa eccezione che il creditore à voluto un fidejussore, e questo, si presume essersi obbligato a solo oggetto di mettere il creditore al coverto: esso à voluto che l'atto reggesse come se fosse stato fatto con un maggiore. Sotto questo punto di vista, l'antica legislazione offriva poche difficoltà: tale era la disposizione delle leggi romane Quindi Basnage, al luogo citato, dice, seguendo le medesime leggi che i giureconsulti romani insegnavano, *l'eccezioni pure e personali* (*quæ personæ cohærent*) non si estendevano ai fidejussori.

Veniamo ora a ciò che riguarda il fidejussore della donna maritata. Qui bisogna regolarsi con altri principj. Il punto essenziale è di sapersi di qual genere è la nullità di un' obbligazione contratta con fidejussione, da una donna maritata, senza l'autorizzazione, ed il consenso del marito sotto la di cui potestà essa rattrovasi. Vi è, o non vi è ragione per sostenere che questa obbligazione non è *valida*, nella forza del termine, e nel senso dell'articolo 2012 ✳ 1884? Ora, vi è tutto il luogo per dire che la obbligazione non è *valida*, e che

la fidejussione non può sussistere. È manifesto che queste espressioni « *che sopra una obbligazione valida* » bisogna intenderle in un senso diverso da quelle che riferisconsi in seguito ad una obbligazione la quale potrebbe essere annullata solo per effetto di una eccezione personale, per cui il minore viene indicato come soggetto di una applicazione ipotetica. In queste ultime espressioni non può trattarsi se non di una nullità la cui causa dipende dalla qualità del minore.

Certamente siffatta controversia è stata altra volta molto dibattuta, poichè à divise le opinioni di due grandi giureconsulti, Basnage, e Pothier. Il primo *part.* 2 *ch.* 2 *ed anche altrove* sostiene con molto vigore la validità della fidejussione in ordine alle donne maritate, e dice che questa era la giurisprudenza del parlamento di Dijon, e di quello di Normandia. Pothier, *Traité des obligat. n. 395*, contradice apertamente siffatta opinione. Egli non ravvisa una obbligazione propriamente detta in quella contratta da una donna maritata, senza l'autorizzazione del marito: o almeno, secondo lui, essa è infetta di una nullità talmente essenziale ch'egli la riguarda come non esistente, cosicchè mancando il soggetto, la fidejussione, che n'è l'accessorio, svanisce. Giusta il nostro dritto consuetudinario, ei dicea, l'obbligazione contratta dalla donna maritata, senza l'autorizzazione del marito, o del giudice, sebbene possa esser valida nel foro della coscienza, pure è nulla, anche *ipso jure*, nel foro esterno, mentre le costumanze la dichiarano assolutamente incapace di contrattare e di obbligarsi. Egli ricorda le espressioni affatto proibitive *de la Coutume de Paris*, art. 234. « *La donna maritata non può obbligarsi*, ec. » e quelle della costumanza di Orleans, articolo 194, « *non può assolutamente contrattare* ». Per esser breve, mi

limito a questi motivi principali; e rimetto il lettore agli altri.

A me pare impossibile di non adottare i principj esposti da Pothier; essi son quelli dell' antica, e della nuova legislazione. Tutt' i buoni autori francesi, tranne pochissimi, han sostenuto che l' obbligazione della donna maritata, senza l' autorizzazione del marito, è essenzialmente nulla; che vi era questa differenza fra questa obbligazione e quella del minore, che l' obbligazione del minore era piuttosto rescindibile, *aut annullanda*, che nulla. Essi però hanno eccettuati da quest' ultima regola, i casi, come l' ho già fatto conoscere, in cui l' obbligazion del minore fosse stata infetta da un vizio che l' avrebbe radicalmente annullata, ancorchè fosse stata contratta da un maggiore. E per questa medesima ragione essi dicevano che la nullità della obbligazione della donna maritata poteva esser chiesta durante il corso trent' anni a contare dall' epoca dello scioglimento del matrimonio, mentrecchè in generale quella della obbligazione del minore doveva esser chiesta nel corso di dieci anni a contare dalla sua maggiore età. A dir vero, tutte queste prescrizioni si son ridotte a dieci anni per l' articolo 1304 ✻ 1258 del Codice civile: ma la restituzione del termine non altera la natura della nullità. Questa nullità è sempre la medesima ancorchè la domanda dovesse esser fatta in un termine minore, onde non rimaner lungamente incerte le proprietà.

I principj relativi al genere di nullità delle obbligazioni delle donne maritate non autorizzate dai loro mariti, sono sviluppati con molta energia da d' Argentré sull' art. 464 *de la Coutume de Bretagne.* Egli sostiene le nullità assoluta delle medesime, fondandosi su i termini proibitivi della Costumanza, come fa Pothier; quindi ne tira la conseguenza che la fidejussione è parimente nulla. D'He

ricourt, *de la vente des imm. ch. 11 sèct. 2 n. 2* professa gli stessi principj, e termina dicendo che *l' obbligazione nulla della donna maritata, non obbliga il fidejussore.*

Si deducono i medesimi principj dal Codice civile intorno alla nullità dell' obbligazione cotratta dalla danna maritata, senza l' autorizzazione del marito. Le sue disposizioni sono concepite in termini proibitivi, e può dirsi ciò che diceva d' Argentré intorno a quelle *de la Coutume de Bretagne* » *Tales omnes enunciationes prohibitorie concipiuntur, et potentiam adimunt per verba*, NON PUÒ, *et per verba* È DI NIUN VIGORE.

Ma quello ch' è veramente decisivo e che rinvigorisce, nell' attuale nostra legislazione, quest'antica dottrina, è la disposizione dell'art. 217 ✻ 206 del Codice civile. « La donna ancorchè non sia in comunione, o sia separata di beni, non può donare, alienare, ipotecare, acquistare a titolo gratuito od oneroso, senza che il marito concorra all' atto o presti il suo consenso in iscritto. » Io mi lusingo aver detto il vero dicendo, nel numero 33 che la necessità dell' autorizzazioue del marito è stabilita non solo per l' interesse della moglie, ma anche per vedute morali; talchè non è ad esso che può applicarsi la limitazione fatta dall' art. 2012 ✻ 1884 intorno *all' eccezione meramente personale.* Sarà sempre contra la decenza e la dignità del matrimonio che una donna si obblighi, con fidejussione senza l' autorizzazione del marito.

Nondimeno, Pothier, al num. 395, osserva che se alcuno si fosse obbligato con una donna non autorizzata, non già come fidejussore, ma come debitor principale, allora la nullità della obbligazione della donna maritata non produce la nullità della sua. Per esempio, se una donna, ei dice, non autorizzata, ed io, abbiam tolta ad imprestito

da voi una data somma, ch'è servita solo per la donna, e che noi ci siamo obbligati solidalmente di restituirvi; la donna non sarà mai obbligata a restituirvela, s'essa l' à dissipata. Io però son sempre tenuto a restituirvela, essendo io stesso il vostro principal debitore; mentre non è necessario per esser vostro debitore ch' io stesso abbia ricevuta quella somma: basta che voi l' abbiate realmente sborsata alla donna col mio consenso. È d' uopo non di meno convenire, che se nel rigor de' principj, un simile atto è valido in ordine alla persona che si obbliga, esso potrebbe, in certi rarissimi casi, rendere sospetta la condotta della donna: ma infine non si tratterebbe mai di annullare una fidejussione che non esiste. Ma quel che ò detto finora, non riflette che su i casi ordinari, cioè, delle donne maritate colla regola dotale o della comunione. Andrebbe diversamente la cosa per la donna ch' esercita pubblica mercatura, la quale, in talune circostanze, può obbligarsi, senza l' autorizzazione del marito, giusta quel che ò detto nel num. 36. È la necessità dell'autorizzazione del marito, quando è prescritta dalla legge, che forma il principio della nullità delle obbligazioni, e che mena seco quella della fidejussione. Per la stessa ragione, la fidejussione potrebbe esser valida riguardo alle femmine nel caso in cui obbligar potessero alcuni de' loro fondi, de' quali avessero la libera disposizione, senza l' autorizzazione dei loro mariti.

Ben si ravvisa ancora che tutto quel che si è detto circa la nullità di una fidejussione apposta ad una obbligazione contratta dalla donna, e proibita dalla legge è straniero al marito che garentisse la moglie, e si obbligasse anche con lei in una vendita de' suoi beni dotali, a rimborsare, in caso di reclamo o di domanda di nullità della vendita, il prezzo della stessa vendita, ed a pagare

i danni ed interessi, e che per sicurezza della sua garantia ipotecasse i suoi proprj fondi. (1)

---

(1) Poichè qualche volta ò visto confondere i principj nuovi cogli antichi, relativamente agli effetti delle vendite dei beni dotali, e delle garentie cantratte a questo riguardo dal marito, ho creduto util cosa il fare qui qualche osservazione. E' intanto molto a proposito il ricordare quegli antichi principj che si van cancellando, e che non sono come prima presenti allo spirito.

Nei paesi di dritto scritto; almeno in generale, e sotto molte Costumanze di regola dotale che ne avevano ammessi i principj, la donna maritata non poteva obbligare i suoi beni dotali; specialmente non potea venderli, vi fosse o non vi fosse stata l' autorizzazion del marito. L'articolo 3 del tit. 14 della Costumanza d'Auvergne era preciso. Vi si dicea, *e tali disposizioni ed alienazioni sono nulle, di niun effetto e vigore.* Non di meno è stato sempre ammesso, e senza contrasti, che il marito potea personalmente, solo o solidalmente colla moglie vendere i di lei fondi dotali, anche quando la loro qualità fosse stata specificata nella vendita, in qualunque modo avesse questa avuto luogo. La vendita certamente era nulla rispetto alla donna maritata e suoi figli, non eredi del loro padre: ma essa era valida rispetto al marito, poichè esso era garante della nullità e dei reclami che avrebbero potuti fare la moglie o i suoi figli i quali non sarebbero stati ammessi a produrli se erano gli eredi del loro padre. Si può vedere a questo proposito, il sig. Chabrol, che non cessa di riguardar questo punto di dritto come incontrastabile, e specialmente sopra questo art. 3 e sull'art. 5 del tit. 17; e Prohet ed i suoi annotatori, sugli art. 3 e 4 del tit, 14. Laonde si vede negli ufficj della conservazione delle ipoteche, in Auvergne, una moltitudine d' iscrizioni ipotecarie conservatorie, prese sui beni dei mariti per la garentia delle vendite dei beni dotali da essi fatte, quale garentia produceva ipoteca generale giusta le leggi vigenti al tempo in cui era data. Quest' antica giurisprudenza era stata costantemente ammessa dal parlamento di Parigi: vi si riguardava come una legge vivente. I principj nuovi introdotti dal Codice civile, art. 1560 ✳ 1373, lo sono stati

(Del fidejussore di un impubere o di un interdetto)

56. Crederei abbandonarmi a vane ipotesi se mi

---

in seguito di alcuni usi ch'avevan luogo nel parlamento di Provenza. Ciò si scorge negli atti di notorietà, rilasciati dai signori avvocati e procuratori generali di questo parlamento, e nelle osservazioni su questi atti di notorietà, num. 67. Ecco quel che si legge nelle osservazioni : » Il marito non può far nulla che renda deteriore la condizion della dote : l'alienarla gli è vietato. *Leg. Julia ff. de fund. dot. Cod. de rei uxor, act.* Può reclamare ei medesimo della vendita da lui fatta del fondo dotale, e non vien condannato ad una garentia pei danni ed interessi verso il compratore se non quando non gli à dichiarato che il fondo era dotale. Duperrier *tom. 1 Maximes de droit, pag. 489.* Decisione del 18 gennajo 1646. riferito da Bonifazio, tom. 1 lib. 6 tit. 3 cap. 1. » Questi usi particolari, elevati in legge, sorpresero alcuni fra i consiglieri di stato in tempo della discussione del Codice civile : accadde lo stesso al Tribunato. Vi era nel primo progetto di legge che » se la moglie od il marito, o tutti e due unitamente alienano il fondo dotale, *l' alienazione sarà essenzialmente nulla.* » Il Tribunato osservò che potevano insorgere delle difficoltà sulla interpretazione di queste ultime parole. Ne votò la soppressione, e chiese che si sostituissero queste parole « se egli (il marito) non à dichiarato nel contratto che il fondo venduto era dotale. » a queste altre » restando non di meno tenuto ai danni ed interessi verso il compratore, purchè questi abbia ignorato il vizio della compra. » È in queste ultime espressioni che si rinviene la sola modificazione arrecata dal Codice civile all' antica giurisprudenza del parlamento di Provenza. Ma ben si vede qual' è stato lo spirito che à regolata l' ultima redazione sopprimendo le parole, *l' alienazione sarà essenzialmente nulla.* Siffatta alienazione può esser ancora garentita dal marito. Ma nell' attual sistema, ei deve particolarmente sottoporre i suoi beni a questa garentia, e questa ipoteca speciale dev' essere assicurata colle iscrizioni che si debbono rinnovare prima dello spirar di ogni dieci anni.

mettessi ad esaminar seriamente la quistione se la fidejussione di un impubere, o di un interdetto fosse valida. Non può mai cadere in mente a chicchessia di obbligarsi solidalmente con persone che trovansi in questo stato, e non vi sarà notajo il quale credesse potere stabilir siffatte obbligazioni, la cui sola idea sarebbe ributtante. L'impubere non può obbligarsi nè naturalmente, nè civilmente, come ho già avuto occasione di farlo conoscere. Dicasi lo stesso dell' interdetto per causa di demenza, di follìa; o di furore. Queste persone non hanno volontà; essi quindi non possono prestar consenso, e non si può concepire una obbligazione senza consenso; il quale è una cosa diversa dalla capacità di contrattare. Art. 1108 ✻ 1062 del Cod. civile.

Nondimeno Basnage, *part. 2 cap. 4* era propenso a decidere che poteva darsi valida fidejussioneper un impubere, ed un interdetto. Dopo avere sostenuto che vi era una certa contraddizione tra quello che aveva detto a questo riguardo il giureconsulto Ulpiano nella legge 6. *De verb. oblig.*, e la decisione di questo medesimo giureconsulto contenuta nella *legge 26 De fidejus.*; ei supponeva che Cujacio in questo caso era per la validità della fidejussione, giusta la *leg. 70 § si a furioso, dict. tit.* Ma Pothier num. 393 à dimostrato fino all'evidenza che Basnage era in errore. Ei stabilisce che Cujacio si era spiegato pel solo caso in cui taluno si fosse reso fidejussore di un impubere, di un matto, di un interdetto per cause, per le quali queste persone possono *senza alcun fatto loro* esser validamente obbligate. Ei ne cita un esempio, al quale basta rimettere il lettore.

Non vi sono dunque che i minori giunti alla pubertà, e specialmente se sono stati emancipati, pei quali si può dar cauzione con effetto. La ragione si è ch' essendo in una età che avvicinasi alla

età maggiore si presume, avere essi una volontà, e poter formare un legame naturale, sebben la legge li renda incapaci di contrarre una obbligazion civile. Forma una dimostrazione di siffatta verità, il sapere che anticamente, in tutta la Francia, il maschio di quattordici anni, e la femmina di dodici compiuti riputavansi di età perfetta per essere in giudizio, e contrattare come se avessero la stessa capacità accordata al solo maggiore in età di anni venticinque. L' art. 1 tit. 13 *de la Coutume d'Auvergne*, l' art. 173 *de la Coutume de Bourbonnais*, e l' art. 292 di quella della *Marche*, non permettono di dubitarne. La prova trovasi anche *dans les Établissemens de Saint Louis* ch. 73 et 142 e nella decisione 249 di *Jean Desmare* Avvocato del Re al parlamento, sotto Carlo VI. Quindi Loysel. *Instit. cout. liv. 1. tit. 1. art. 34 diceva :* » Che per antica Costumanza l' età perfetta in Francia era quella di anni quattordici.

(Nel caso che il fidejussore non sia garante dell' eccezione proposta dal principale obbligato, per la natura di tale eccezione, dev' egli esser garante perchè la eccezione che venga proposta nel termine in cui avrebbe dovuto esserlo se il principale obbligato fosse un maggiore?)

57. Intanto non è inutile affatto di prevedere una quistione che ò vista agitare. Si cerca sapere se quando trattasi di una eccezione che potrebbe essere opposta dal minore, ma che dovrebbe esserlo in un dato tempo dalla sua maggiore età, colui contra il quale la eccezione militerebbe o come creditore, o come acquirente potrebbe sostener che il fidejussore fosse garante di questo termine e rimettesse il creditore, o l' acquirente nello stato in cui sarebbesi trovato se avesse contrattato con un maggiore; talchè non avrebbe dovuto temere l' esercizio della eccezione che in

quello stesso termine accordato al debitor principale se fosse stato maggiore. Si è giudicato per l'affermativa, e con piena conoscenza di causa in una specie ch'io son per esporre onde meglio si conosca la controversia.

Il 12 luglio 1775, Michele Gorce, minore, vendè un fondo ch'egli aveva avuto nella eredità di sua madre. Stante la sua minore età, l'acquirente volle una fidejussione: in conseguenza un altro Michele Gorce, suo padre, intervenne nella vendita. Si obbligarono solidalmente, e nell'atto di vendita si disse che il fondo era di proprietà del figlio, e che il padre si obbligava di far ratificare la vendita giunto che fosse suo figlio all'età maggiore. Scorsero i dieci anni utili contra il padre. Dopo la morte di lui, il figlio, dell'anno trentacinquesimo, contrastò la vendita, per lo che si provvide di lettere di rescissione, come allora praticavasi. Egli chiedea la rescissione per una lesione di più della metà del valore, ch'era la misura ammessa prima del Codice civile. L'acquirente, per nome Morel, dice che la domanda di Michele Gorce figlio non doveva essere ammessa o almeno che doveva dichiararsi garante della sua domanda, come rappresentante del padre, di cui era l'erede. L'avvocato di Gorce figlio rispondea che, in fatto di garentia bisognava distinguere il caso in cui il principale obbligato reclamava per minore età, dal caso in cui reclamava per lesione enormissima, o per qualunque altro vizio radicale dell'atto medesimo facendo astrazione dalla minore età; che nel caso della lesione legale sul prezzo, il benefizio giovava tanto al principale obbligato che al fidejussore. L'avvocato dell'acquirente conveniva che simile distinzione derivava da principj di legge, ma soggiungeva che, per la garentia, il figlio avrebbe dovuto adire il magistrato nel

corso di dieci anni a contare non dalla sua maggiore età, ma dal dì dell' atto; che la fidejussione avrebbe dovuto assicurare all' acquirente che il figlio, dopo la stipula dell' atto, non avrebbe fatto se non quello che avrebbe potuto fare un maggiore; che dovea considerarsi come se l' acquirente avesse contrattato con un solo maggiore, o con due. Per parte di Gorce figlio si rispondeva, che il padre non aveva inteso, nè potuto, garentire che un solo dei dritti del figlio, quello cioè nascente dalla sua minore età, e ch' egli non aveva inteso, nè potuto, garentire la dimanda di rescissione per lesione; che non vi era neppure garentia per l' effetto del tempo in cui il figlio poteva esercitare questa azione; che questo era nella legge. Non di meno con una sentenza dell' antico Siniscalcato di Auvergne, a Riom, del dì 4 maggio 1787, la domanda di Michele Gorce figlio fu rigettata, e condannato alle spese.

Potrebbe credersi che la circostanza di avere il padre promesso di *far ratificare l' atto al figlio, giunto alla età maggiore* avesse influito sulla decisione. Tuttavia si verificò che questa circostanza si ebbe come indifferente; e che la quistione era stata giudicata in dritto, sulle ragioni dell' acquirente, delle quali hò reso conto. Avvocati molto celebri di quell' antico Siniscalcato avevano sostenuta ed esaminata con energìa l' opinione adottata. Questo avviso, e la decisione di un tribunale sì giustamente celebre pe' suoi lumi, sono fatti per imporne. Ciò non ostante io confesso che ò sempre avuto del ritegno ad ammetterla. Mi è parso sempre che la nullità della fidejussione doveva essere indivisibile; che siffatta fidejussione non potendo essere operativa nel caso di cui si tratta per la obbligazione del minore in se stessa, essa non doveva esserlo neppure relativamente al tempo in

cui la eccezione del minore doveva prodursi. Non di meno ò visto recentemente spandersi da giureconsulti istruiti un gran dubbio sulla quistione. Del resto, la conoscenza della difficoltà può servir di consiglio affinchè in simili casi, il fidejussore faccia in modo, nel suo interesse, che la eccezion del minore sia prodotta nel corso dei dieci anni a contare non dalla sua maggiore età, ma dal dì dell' atto.

(Influenza della qualità colla quale si contrae sulla validità della obbligazione e dell' ipoteca.)

58. Ben si conosce quanto la qualità colla quale si contrae può influire sulla sorte della obbligazione e dell' ipoteca. Se alcuno si obbligasse, ed ipotecasse un suo stabile, in una qualità ch' egli non ha, e se non si trattasse di una obbligazione personale, o solidale, l' obbligazione e l' ipoteca rimarrebbero privi di effetto. Questo deriva dal principio che una persona non può promettere che per se medesima ammeno che non sia garante di un' altra; articoli 1119 e 1120 ✳ 1073 e 1074 del Codice civile; e l' errore sulla qualità annulla l' obbligazione. Se in seguito l' obbligazione fosse ratificata la ratifica non avrebbe effetto retroattivo al dì della obbligazione; l' ipoteca risalirebbe solamente alla data dell' iscrizione presa in forza tanto della ratifica che della prima obbligazione.

Ma l' obbligazione sarebbe ancora nulla se taluno si obbligasse semplicemente in una qualità che avrebbe, ma che non darebbe il dritto di contrarre siffatta obbligazione; talchè questa eccederebbe il potere dipendente dalla qualità di colui che si obbligherebbe. Quindi un tutore, che con questa sola qualità, vendesse o ipotecasse i beni del pupillo, senza le formalità giudiziarie, non

imprimerebbe effettivamente niuna ipoteca su i beni del pupillo, come non la imprimerebbe, su i proprj: sarebbe lo stesso di un procuratore che si fosse obbligato al di là dei limiti del suo mandato.

Ma colui che avesse la qualità colla quale contrae, potrebbe obbligare ed ipotecare i beni che in questa qualità gli appartengono, senza potere ipotecare i beni ch' egli avesse d' altronde e che sarebbero stranieri alla qualità colla quale contrae. Così un marito che si obbligasse, nella sola qualità di marito, potrebbe ipotecare i dritti reali che gli appartengono e che derivano dalla sua qualità di marito, come per esempio l' usufrutto dei beni immobili e dotali di sua moglie.

Queste decisioni sono fondate sopra un principio spiegato dal celebre Cochin. È vero che trattasi d' un' altra quistione; ma il principio è comune anche a questa: « L' ipoteca, egli dice, non è che l'accessorio di una obbligazione. Ora per giudicare di una obbligazione bisogna considerarla in se medesima, e non già in una clausola semplicemente accessoria, se l' obbligazione in se stessa si limita su certi beni, l' ipoteca non può far che l' obbligazione sia più estesa di quel ch' essa è in se medesima ». *Tom. 4 pag. 398, in-4.°*

Sezione Seconda.

Della specialità. Della pubblicità di tutte le ipoteche di qualunque natura esse sieno. Di tutto ciò che riguarda la iscrizione, e de' casi in cui non si può prendere una iscrizione effettiva stante la circostanza del debitore, sebben vi sia un' ipoteca. Quistioni transitorie.

§. 1.°

Della specialità e del suo oggetto.

(Della specialità e del suo oggetto.)

59. La specialità determina l' ipoteca. La iscrizione fa conoscere questa determinazione particolare, e con questi due mezzi si giunge alla pubblicità; senza l' un dei due cumulativamente non si otterrebbe mai la pubblicità.

Che un debitore ipotechi generalmente tutt' i suoi beni; che siffatta ipoteca rimanga nella oscurità; che molte ipoteche si rinnovino a questo modo, talchè i fondi sien tutti assorbiti; che in questo stato di cose si contraggano nuove ipoteche e sempre nella guisa medesima, è chiaro che molti creditori perderanno il loro, e rimarran vittime della propria buona fede: ecco il difetto dell'antica legislazione.

Che il debitore divida le sue ipoteche, che le fissi sopra fondi determinati e distinti, ma che quì si arresti, ed allora si avrà soltanto la specialità dell' ipoteca.

Ma che cosa importa e questa specialità e questa particolare determinazione delle ipoteche se non

sono conosciute? Un tale difetto di conoscenza farebbe sì che i terzi sarebbero ingannati sopra ciascuna delle parti della proprietà del debitore, come nella prima ipotesi lo era sull' intera proprietà. Qual'è dunque il mezzo in virtù di cui i terzi potrebbero contrattare con piena conoscenza di causa? È la iscrizione, e la sola iscrizione.

Quindi specialità, iscrizione, pubblicità ecco i principali perni intorno a cui gira il nostro sistema ipotecario.

Non di meno la pubblicità non è prescritta solamente per la ipoteca speciale: essa à luogo generalmente per tutte le ipoteche, tranne qualche modificazione. Ecco quello ch'io spiegherò in seguito: per ora mi occupo di ciò che concerne l'ipoteca speciale.

Ora ben si comprende che la specialità dev' essere sottoposta a certe forme; che la iscrizione deve aver le sue; ch' esse non possono abbandonarsi all' arbitrio delle parti contraenti o de' notaj: la sicurezza delle altrui fortune dipende dall'osservanza di siffatte formole, che devono essere da per tutto le stesse, ond' è che il legislatore ha dovuto stabilire in un modo generale e sicuro. Ora, s' intende che io devo spiegare la legislazione sotto al rapporto delle forme costitutive della specialità delle ipoteche e di quelle che rendono regolare la iscrizione.

(Correlazione fra l' ipoteca e la iscrizione.)

60. Ma prima di discendere alla spiegazione di tali forme, molte cose deggion dirsi tendenti a far meglio conoscere non solo la specialità dell'ipoteca, ma anche la natura dell' ipoteca in generale sien qualunque le cause da cui essa procede. E da prima fo un parallelo fra l' ipoteca e la iscri-

zione, affin di stabilire i rapporti fra l'una e l'altra. Ciò ch' io son per dire estenderà le idee, e le consoliderà intorno a ciò che costituisce veramente l' ipoteca com' è nell' attual sistema. È indispensabile di allontanare la confusione che si è spesso formata sulla controversia se l' ipoteca è nella ipoteca medesima, o nella iscrizione, o, il che torna allo stesso, se sono due cose distinte, o se è una cosa sola, non potendo l' una esistere senza dell' altra. Capisco che con ciò io suppongo molti de' miei lettori non troppo istruiti del nostro sistema ipotecario: ma son convinto che i giovani allievi che principalmente conoscer debbono gli elementi, il che non perdo di veduta, potran così formarsi idee precise intorno a ciò. Ecco la ragione per la quale io non trascuro nulla per appianare le difficoltà.

L' ipoteca della nostra presente legislazione è quella ch' è stata in tutt' i tempi; quella che ò definita nel numero 4.°, con questa sola differenza, che quando è speciale, è ristretta sopra uno o più fondi invece di abbracciar l' intera proprietà del debitore, come l' ipoteca generale. L' ipoteca speciale esiste in forza della stipulazione, come le altre ipoteche esistono in forza di sentenze, ovvero della legge; l'iscrizione è una formalità estrinseca, ma una formalità estremamente importante, poichè, da se sola, dà efficacia all'ipoteca. L' iscrizione non nasce dal fatto del debitore: essa è indipendente dalla sua volontà; il contratto a suo riguardo è consumato: ma l' ipoteca non può essere esercitata a fronte dei terzi se non dal momento ch' è stata iscritta. L' iscrizione rapporto all' ipoteca è quello ch' era anticamente l' insinuazione rapporto alla donazione. L' oggetto della insinuazione era di render pubblica la donazione affin-

chè i terzi fossero attenti a non contrattare col donante, almeno relativamente ai beni contenuti nella donazione, e questa non essendosi resa pubblica per mezzo della insinuazione era nulla rapporto a coloro che avevan contrattato col donante. L' ipoteca *nasce* dal titolo che la costituisce, per servirmi della frase usata dall' articolo 2148 ✱ 2042 del Codice civile, e l' iscrizione non è che una forma, ma una forma assolutamente necessaria per lo sviluppo dell' ipoteca, una forma che dà la vita e che sola attribuisce il dritto di esser collocato fra i creditori iscritti a contar dal dì ch' essa è fatta, e di vincere generalmente tutt' i creditori, sia ipotecarj non iscritti, (tranne coloro la cui ipoteca fosse esente per legge dall' iscrivere) sia semplicemente chirografarj.

La difficoltà più grave, insorta sulla necessità della iscrizione riguardo ai terzi, si è presentata nel caso in cui il creditore ipotecario, non iscritto, è concorso con creditori solamente chirografarj. È penetrandosi delle ragioni sviluppate in due forti discussioni, cui questa difficoltà à dato causa, che si conoscerà tutto l' effetto della iscrizione, e vedersi quanto essa è necessaria.

Quelli che sostenevano che il creditore ipotecario, non iscritto, vinceva i semplici creditori chirografarj, dicevan che l' ipoteca, per rapporto alla sua esistenza è affatto indipendente dalla iscrizione. Essi deducevan quindi la conseguenza, che il creditore ipotecario, sebbene senza iscrizione, non poteva non avere un vantaggio positivo su i creditori chirografarj; che se la iscrizione è necessaria lo è soltanto per attribuir la preferenza e fissare il grado fra i creditori ipotecarj; che i creditori chirografarj non avevan preferenza, nè grado da reclamare; ch' essi eran vinti dal creditore ipote-

cario, senza il soccorso della iscrizione, ma pel solo benefizio che gli veniva dall'esistenza dell'ipoteca.

In sostegno del sistema contrario si opponeva il principio ricavato dall'insieme del titolo *delle ipoteche* del Codice civile: dicevasi che il legislatore non à ammesso assolutamente altra ipoteca, riguardo ai terzi, che la iscritta, colla sola eccezione dell'ipoteche legali; che tale eccezione, messa da per tutto a fianco alla regola, conferma altamente la regola stessa; che ogni preferenza viene dalla iscrizione, e che dalla sola iscrizione deriva l'efficacia dell'ipoteca riguardo ai terzi, qualunque essi sieno. Quest'ultima opinione è stata adottata dalla Corte di cassazione con due importanti decisioni.

La specie della prima, de' 19 dicembre 1809 si è che il signor Berges, negoziante a Bordeaux, era creditore del signor Sollié, mercante, in vigor di una sentenza del tribunal di commercio, del dì 11 *floreal* anno 13 (2 maggio 1805): Egli avea presa iscrizione il 29 *thermidor* seguente (18 agosto) su i beni del suo debitore: ma fin dal 20 *messidor* anno 13 (10 luglio 1805) questi aveva dedotta la sua fallita, e la iscrizione presa, fin d'allora si aveva come non avvenuta, per non essere stata presa in tempo utile. Vi fu un accordo fra il debitore, e i suoi creditori chirografarj, nel quale il signor Berges non figurò, e per effetto di cui si convenne un rilascio dell'80 per cento sull'ammontare dei crediti chirografarj. L'accordo fu omologato dal tribunale di commercio; e il signor Berges fu da' creditori chirografarj innanzi allo stesso tribunale, per vedersi comune anche a lui la sentenza di omologazione, come avvenne. Nell'appello interposto dal signor Berges avverso questa sentenza, sostenne ch'essendo cre-

ditore ipotecario in forza di sentenza anteriore all' apertura del fallimento, non poteva esser costretto di accedere all' accordo fatto coi creditori chirografarj; e ben si ravvisa che con ciò egli sosteneva dover esser collocato fra i creditori ipotecarj, colla data della sua iscrizione. L' appello fu rigettato da una decisione della Corte reale di Bordeaux, del 16 dicembre 1807, la quale confermò la sentenza del tribunale di commercio; dimodocchè il signor Berges fu considerato come un creditore semplicemente chirografario, e confuso con quelli che avevano questa qualità.

Fu prodotto ricorso dal signor Berges, avverso questa decisione, e la Corte di cassazione con deliberazione presa nella camera del Consiglio, lo rigettò. Non riferirò che il principal motivo dell' arresto, poichè tutti gli altri non sono che conseguenze di questo. « Visti gli articoli 2134 e 2135 ✻ 2020 e 2021 del Codice civile; ed attesocchè a termini del primo di questi due articoli l' ipoteca non prende il grado che *dal dì della iscrizione*; ed a termini del secondo *non si da esistenza ad un' ipoteca*, INDIPENDENTEMENTE *da qualunque iscrizione, se non se ad ipoteche* (particolari e determinate) ».

La specie poi della seconda decisione si è: il sig. Albert, negoziante a Riom, trovavasi creditore del signor P..... antico notajo della stessa città, ed anche negoziante, in virtù di sentenza del tribunale di commercio del dì 28 aprile 1809. Il signor Albert non si era iscritto che il 19 marzo 1811: ma la fallita del sig. P..... fu dichiarata aperta il dì 29 dello stesso mese; cosicchè la iscrizione non fu presa prima dei dieci giorni anteriori alla fallita, e quindi fin d' allora doveva essere senza effetto, perchè tardiva, giusta l'art. 2146 ✻ 2040 del Codice civile, e l' articolo 443 ✻ 435 del Co-

dice di commercio. Gli stabili del signor P..... essendo stati venduti si aprì un giudizio di ordine per distribuirsene il prezzo. Il signor Albert si presentò come creditore ipotecario: non si trovò a fronte che soli creditori chirografarj, quindi chiese di esser collocato in primo luogo. Fondò la sua domanda tanto sulla iscrizione presa, e ch'ei diceva esser valida, quanto sul solo titolo, ch'ei sosteneva conferir da se medesimo l'ipoteca senza aver bisogno di doversi iscrivere per esser preferito a semplici creditori chirografarj. La pretenzione del signor Albert fu accolta da una sentenza del tribunale civile di Riom del dì 23 dicembre 1814, colla quale la iscrizione fu dichiarata valida.

Interposto appello nella Corte reale di Riom dai sindaci dei creditori P..... s'impegnò la più viva discussione, nella quale può ben dirsi che pel sig. Albert furono esauriti tutti i mezzi offerti dalla logica affin di stabilire la validità della di lui iscrizione. Gli sforzi si accrebbero stantecchè una pretenzione simile alla sua era stata rigettata dalla decisione poc'anzi espressa dalla Corte di cassazione. Quindi gli argomenti in sostegno della validità della sua iscrizione furono presentati sotto un nuovo aspetto.

Prima di dar le mie conclusioni su questa controversia, giacchè io mi trovava allora procurator generale, io la esaminai con la maggior possibile attenzione, e fui convinto che l'arresto della Corte di cassazione del 29 dicembre 1807 era superiore alla critica. Uno de' motivi principali allegati pel sig. Albert, e ch'era stato forse quello ch'aveva determinato il tribunale civile ad accogliere la di costui pretenzione, consisteva nel dire che al sig. Albert non potevasi rimproverare veruna circostanza di frode o di collusione col sig. P....., il che era vero; e che allora l'ottenuta sentenza avendogli

accordata un' ipoteca, l'iscrizione che egli aveva presa, quantunque fra i dieci giorni dall'apertura del fallimento, pure aveva conservata questa ipoteca. L'art. 443 ✳ 435 del Codice di commerco dice, per verità, che niuno può acquistar privilegio nè ipoteca sopra i beni del fallito ne' dieci giorni che precedono l' apertura del fallimento: ma che risulterebbe da questa disposizione al dire del sig. Albert? Niente altro se non che s' egli avesse ottenuta una sentenza contra il suo debitore nei dieci giorni che precedevano l' apertura del fallimento una tale sentenza non gli avrebbe conferita un' ipoteca valida. Ora, ei diceva, di non essere in questo caso; egli aveva ottenuto molto tempo prima un titolo che gli conferiva un ipoteca. Una cosa è l'ipoteca, un'altra è l' iscrizione. L' art. 443 ✳ 435 del Codice di commercio non è capace di estensione: esso annulla l' ipoteca presa su i beni del fallito nel tempo ivi indicato: ma là bisogna arrestarsi: la iscrizione di cui non si fa parola in questo articolo, dee rimanere in tutto il suo vigore. Per verità l'art. 2146 ✳ 2040 del Codice civile dice che le iscrizioni non producono verun effetto se sono prese nel termine durante il quale, *gli atti fatti prima dell' apertura del fallimento son dichiarati nulli.* Ma il sig. Albert pretendeva, ed i primi giudici avevan opinato che questa disposizione doveva essere interpretata e sviluppata collo spirito, e le parole del Codice di commercio ch' è posteriore al Codice civile, ed ove era veramente a proposito di parlarsene (*a*).

(*a*) All' art. 435 delle nostre leggi di eccezioni che corrisponde all' art. 443 dell'abolito Codice di commercio, si è soggiunta una seconda parte così concepita: « e le iscri» zioni di privilegj ed ipoteche antecedentemente acquistate,

Io fui di avviso che questo ragionamento era inammissibile; che l' art. 2146 ✳ 2040 del Codice civile conteneva una disposizione precisa: che per non seguirla nel caso in controversia vi era d'uopo di una formale derogazione nell' art. 443 ✳ 435 del Codice di commercio, e che tal derogazione non vi era; che d' altronde bisognava combinar questo art. 520 ✳ 512 del Codice di commercio ove dicesi, che i creditori ipotecarj *iscritti*, non avranno voce nelle deliberazioni relative all' accordo; che quindi è necessario intendere la parola *ipoteca* dell' art. 443 ✳ 435 del Codice di commercio nel senso nel quale si usa nella legislazione ipotecaria, vale a dire sotto al rapporto dell' ipoteca con quel che lo rende efficace, ovvero, il che torna allo stesso, sotto al rapporto di un' ipoteca con iscrizione. L' ipoteca vista nel suo effetto, non può esistere senza il concorso della costituzione dell' ipoteca e della iscrizione. Se l' una esiste senza l' altra si à una cosa imperfetta: non vi è un tutto regolare che la legge esige necessariamente perchè vi sia ipoteca, ed è questo *tutto* che l' art. 443 ✳ 435 del Codice di commercio à voluto indicare colla parola *ipoteca*; talchè questa parola si deve usare senza farla allontanare dai principj generali stabiliti dal Codice civile intorno alle ipoteche.

Stando a queste teorie, era indubitato, seguendo l' insieme delle disposizioni del Codice, che non poteva ammettersi l' ipoteca senza una iscrizione, tranne il caso in cui, per una espressa eccezione

---

» ove siensi eseguite nello stesso intervallo di dieci giorni non producono effetto alcuno. » Con che si è messa maggiore armonia fra i principj contenuti nelle leggi civili, e quelli delle leggi di eccezioni a questo riguardo, si è tolto ogni adito, anche il più remoto, alla frode, e si è troncato il cavillo dalla radice.

fatta dalla legge, l' ipoteca non ne fosse esonerata; che la legge fa sempre camminar l' ipoteca unitamente alla iscrizione; che da per tutto essa non chiama *ipoteca* se non l' ipoteca *iscritta*; che questo dicono precisamente gli art. 2151 2154 2161 2166 2183 e 2184 ✳ 2045 2048 2055 2060 2082 e 2083. Io conobbi che ragionevolmente il sig. Tarrible nell' opinione da lui emessa nell' articolo *inscription hypothécaire du Répertoire de jurisprudence* di Merlin § 2 sostenuta con energici ragionamenti, si esprime a questo modo: « La legge abbraccia generalmente tutt' i creditori di uno stesso debitore, e vuole che il valor dei beni di quattro debitori sia distribuito fra tutt' i creditori indistintamente in proporzione dell' ammontare dei loro crediti. Essa non fa eccezione se non a favor dei creditori che debbono godere di un dritto di preferenza a motivo delle loro ipoteche, e de' loro privilegj. » Questa dottrina è fondata sugli articoli 2093 e 2094 ✳ 1963 e 1964 del Codice civile; e poichè la preferenza dipende dalla iscrizione ch'è come il compimento dell'ipoteca mentre la preferenza prende la data dal dì della iscrizione, così non si può concepire che vi sia ipoteca reale ed efficace, senza esservi iscrizione. In niuna parte la legge distingue, per ciò che concerne la preferenza che dà all'ipoteca, fra i creditori ipotecarj ed i chirografarj. La stessa ragione per la quale si attribuisce all'iscizione un grado, fra i creditori ipotecarj, e fa pure attribuir la preferenza su i semplici creditori chirografarj. Io osservai che la legge riconosce tre sorta d' ipoteche, la legale, cioè, con iscrizione o senza, il che è determinato precisamente dalla legge medesima, la giudiziaria e la convenzionale, ambe soggette alla iscrizione; e che se la pretenzione del sig. Albert fosse ammessa ciò sarebbe un introdurre una quarta specie d' ipoteca, impossibile a potersi noverar fra

le altre; un' ipoteca che senza essere accompagnata, e senza aver la vita dalla iscrizione, godrebbe del privilegio attribuito alla iscrizione, senza che la legge lo dica, anzi in onta del principio fondamentale da essa stabilito; il che ne distruggerebbe tutta la economia e menerebbe all' arbitrario.

In quanto alla induzione ricavata dall' art. 834 * 917 del Codice di procedura civile, io dico che il motivo in vigor del quale si era inserito questo articolo, e col quale un'importante modificazione facevasi alla legislazione che prima regolava la trascrizione ed i suoi effetti, era indifferente per la decisione della controversia; che del resto, prendendo l' articolo nel suo vero significato, niun cambiamento ne derivava sulla natura e necessità della iscrizione; che tutto al più si potea conchiudere per un prolungamento alla facoltà di prendere iscrizione; ma perchè questa avesse avuto il suo effetto bisognava che fosse presa nel tempo utile e determinato dalla legge. Io credei poter invocare il sistema ch' aveva luogo sotto l' impero dell' editto del 1771 col quale i semplici creditori chirografarj erano ammessi come opponenti alle lettere di ratifica. Ora questo editto, art. 19, giungeva fino ad accordare la distribuzione delle somme rimaste dopo l' intero pagamento dei creditori privilegiati ed ipotecarj i quali avevan fatta opposizione, fra i creditori chirografarj opponenti, *dando la preferenza ai creditori privilegiati od ipotecarj che avessero trascurato di produrre le loro opposizioni.* Vi è una gran differenza, in quanto ai principj, fra l'opposizione che facevasi in forza dell' editto del 1771, e la iscrizione stabilita dalla nostra attuale legislazione, ed è qui inutile di spiegare simile differenza: ma è sempre vero ch'è stato nello spirito di ogni nostra legislazione ipotecaria che quando un creditore, sia privilegiato, sia ipo-

tecario non adempie l' obbligo impostogli se vuol conservare il suo privilegio o la sua ipoteca, egli diviene semplice creditore chirografario. Secondo l' art. 19 i creditori chirografarj ch' avevan fatta opposizione (e che oggi non sarebbero ammessi ad iscriversi) eran preferiti sul prezzo della vendita ai creditori privilegiati, od ipotecarj, che avevan trascurato di fare opposizione; e se questi creditori chirografarj non avessero fatta nemmen essi opposizione, è manifesto che tutti sarebbero concorsi sul residuale prezzo della vendita, facendo un contributo.

In fine feci conoscere lo spirito della nostra legislazione sulla pubblicità delle ipoteche. Ne feci scaturir, come massima, che anche nel dubbio bisognava favorire la necessità di tale pubblicità che formava il sistema della legge, mentre si correva maggior rischio di cader nell' errore allontanandosi da questo sistema, che adottandolo. Gli effetti salutari di siffatta pubblicità si riconoscono in tutt' i casi; e, per esempio, se nella specie, il sig. Albert che aveva ottenuta una sentenza di condanna il dì 28 aprile 1809 avesse subito presa iscrizione, invece di prenderla nel 19 marzo 1811, avrebbe dato un utile avviso al pubblico sulla vera situazione del debitore; i creditori anteriori si sarebbero messi in regola ed avrebbero potuto assicurare il ricupero de' loro crediti, quantunque iscritti dopo del sig. Albert. Quelli fra i creditori i quali eran divenuti tali dopo la sentenza del 28 aprile 1809 non avrebbero dati i loro fondi nelle mani del sig. P.....

La Corte reale di Riom, con sua decisione del 21 luglio 1815, sulle mie uniforme conclusioni, annullò la sentenza del tribunale di prima istanza, e rigettò la dimanda del sig. Albert di voler essere preferito ai creditori chirografarj. Il

sig. Albert si provvide con ricorso per annullamento; e la Corte di cassazione, con arresto, emesso dalla camera civile il dì 11 giugno 1817, dopo una deliberazione di due giorni, rigettò il ricorso. Questo arresto è talmente importante, influisce siffattamente nella giurisprudenza ipotecaria, sparge tanto lume sulla nostra legislazione, sotto molti rapporti, ch'io credo doverlo mettere sotto gli occhi del lettore, ora che à conosciuti i fatti e le circostanze che gli han data causa.

« *Considerando* che a termini dell' articolo 2092 ✳ 1962 del Codice civile chiunque si è obbligato *personalmente* è tenuto ad adempire alle sue obbligazioni su tutt' i suoi beni *mobili ed immobili*; che a termini dell' art. 2093 ✳ 1963 i beni del debitore sono la *comune* garentia de'suoi creditori, e che il prezzo si deve ripartire fra essi *per contributo*, quando non vi sieno cause legittime di prelazione fra i creditori: e che coll' art 2094 ✳ 1964 le cause legittime di prelazione sono i privilegj e le ipoteche; ma che queste cause non divengono legittime se non quando il creditore che vuol giovarsene, à osservate tutte le formalità prescritte per rendere efficace, *a fronte dei terzi* la sua ipoteca, od il suo privilegio; — *Considerando* che risulta dall' art. 2113 ✳ 1999 dello stesso Codice, che l' ipoteca *relativamente ai terzi* non prende altra epoca se non che quella delle iscrizioni; e che l' art. 2146 ✳ 2040 dichiara incapaci di produrre alcun effetto le iscrizioni eseguite fra quell'intervallo di tempo durante il quale gli atti fatti fra i dieci giorni precedenti al fallimento del debitore sono dichiarati nulli; che l' art. 443 ✳ 435 del Codice di commercio anzicchè nulla innovare all' art. 2146 ✳ 2040 del Codice civile, ne è il compimento, e fissa il termine che non era stato stabilito da questo Codice; — *Considerando* che il

Codice civile e quello di commercio non dicono in verun luogo che la nullità pronunziata dall' articolo 2146 ✻ 2040 del Codice civile non dee giovare ai creditori ipotecarj del debitore fallito; che questa nullità è di ordine pubblico, e quindi essenziale; ch' essa in fatti è la conseguenza necessaria del sistema della pubblicità de' privilegi e delle ipoteche consecrata negli articoli 2134 2135 ✻ 2020 2021 che servono come di fondamento alla nostra legislazione ipotecaria; che l' oggetto di tale pubblicità è di far conoscere a tutti coloro che vi hanno un interesse che il pegno è in tutto od in parte assorbito; donde siegue che nel caso di non iscrizione, ovvero d' iscrizione nulla per parte dei creditori privilegiati od ipotecarj, si cade di dritto nelle disposizioni degli art. 2092 e 2093 ✻ 1962 e 1963 e che tutt' i creditori del *comun* debitore, debbono concorrere *per contributo* sul prezzo ricavato dalla vendita dei di lui beni; che se vi fosse d'uopo di una prova novella di siffatta verità si troverebbe scritta nell' art. 520 ✻ 512 del Codice di commercio che somiglia i creditori ipotecarj *non iscritti* ai semplici chirografarj; — *Considerando* che dichiarando nulla e di niun effetto la iscrizione presa dall' istante nei dieci giorni precedenti alla fallita, ed ordinando, in conseguenza, che sarebbe radiata, la decisione denunziata non ha fatta che una giusta applicazione dell' art. 2146 ✻ 2040 del Codice civile, non che degli altri articoli qui sopra espressi del Codice civile e di quello di commercio, ordinando che il prezzo da distribuirsi lo sarebbe indistintamente fra tutt' i creditori della fallita per contributo; — Rigetta. »

Io osservo che i motivi della decisione della Corte reale di Riom, sebbene meno sviluppati, erano però in sostanza i medesimi. L' arresto del 19 dicembre 1809 è rapportato da *Denevers an. 1810*

pag. 15, e quello del dì 11 giugno 1817 dello stesso *an. 1817 pag. 297*.

Io credo dover osservare che la controversia da me or ora trattata si presenta anche in altre circostanze nelle quali riceve una nuova estensione, ed ove è vista sotto un' altro aspetto. Io me ne occupo, seguendo le sue ramificazioni, nella 2 parte, cap. 1 sez. 2. Vi si leggerà una dissertazione che si riporta a questa: esse deggiono essere meditate tutt' e due perchè si possan formare delle idee precise sulla quistione.

(Utilità della specialità rispetto al debitore. Modo particolare dell'indivisibilità dell' ipoteca quando due ipoteche speciali gravitano sullo stesso stabile.)

61. Convien conoscere che la specialità non serve solo per preparare la pubblicità dell' ipoteca: ma essa serve pure a garentire l' interesse particolare del debitore. Essa gli presta il mezzo, secondo la sua possidenza, e lo stato de'sui affari d'ipotecare una parte sola de' suoi beni corrispondente all' obbligazione che contrae, e di conservar libera la rimanente. Quindi il dritto del creditore si circoscrive sull'oggetto che gli si è ipotecato, e non può esercitarlo sugli altri immobili se non se nel caso d' insufficienza di quelli datiglisi in ipoteca. Questa è per lo appunto la disposizione dell' art. 2209 ✳ 2110 del Codice civile. Dal che deriva che se taluno non ha che un solo fondo, ma il di cui valore sormontasse di molto il debito pel quale è gravato d' ipoteca, egli potrebbe anche ipotecarlo ad un nuovo creditore fino alla concorrenza della nuova obbligazione, il che praticavasi alcune volte sotto l'antica legislazione. Sebben l' ipoteca fosse generale per dritto, pure un debitore aveva la libertà di non ipotecare che una parte de' suoi beni, e se non vi era la clausola della generalità dell'ipo-

teca, la restrizione facevasi su i soli beni che vi si soggettavano. Nè questo è tutto; il debitore poteva ipotecar tassativamente ad un nuovo creditore lo stesso fondo già ipotecato ad un altro. Non di meno per evitar la querela di stellionato e le sue conseguenze, bisognava che il debitore facesse conoscere al nuovo creditore l'ipoteca precedentemente costituita. Ch'è quello che ci dice Domat, *Lois civ. liv. 3 tit. 1 sect. 3 n. 18.*

È importante di osservare che questo autore, fondato sulle disposizioni di alcune leggi romane, dice che queste due ipoteche sono indivisibili in questo senso che la prima ipoteca venendo ad estinguersi per effetto di pagamento, la seconda non gravita solo sulla parte del fondo che superava il valore del primo debitore; ma gravita sull'intero fondo, e sarà operativa sulla totalità dopo che il primo creditore sarà stato soddisfatto del suo avere. Non vi è alcuna ragione per allontanarsi da questa regola sotto l'impero dell'attuale legislazione; per questa parte i principj sono assolutamente i medesimi. Si comprende assai facilmente che in questo caso niuno de'creditori essendo pagato, l'uno o l'altro può procedere alla vendita dello stabile; e che nel giudizio d'ordine il secondo non potrà prendere se non quello che rimane sul prezzo dopo la collocazione del primo.

(Non di meno l'ipoteca speciale è capace di modificazioni. Spiegazione dell' articolo 2130 * 2016.)

62. Del resto le regole e le forme della specialità non sono talmente indispensabili che non sieno capaci di qualche modificazione. Una se ne trova nell' articolo 2130 * 2016 del Codice civile ove si dice: « Non di meno se i beni presenti e liberi del debitore sono insufficienti per cautelare il cre-

dito, può egli, esprimendo tale insufficienza acconsentire che *ciascuno* dei beni che acquisterà nell' avvenire, resti ipotecato *a misura degli acquisti*».

Si potrebbe chiedere se in questo caso, una iscrizione su i beni futuri, presa nel momento stesso della obbligazione, basterebbe che fosse presa nell' ufficio dell' ipoteche della provincia, ove si suppone che il debitore dovesse aver bene seguìto senza aspettar che il debitore ne acquisti la proprietà o per vendite a lui fatte, o altrimenti. Quest'ultimo partito mi sembra indispensabile. L'ipoteca su i beni futuri, nel caso previsto dall' articolo, à la sua sorgente nel contratto col quale è stata stipulata, e possono esser colpiti da questa ipoteca i beni futuri senza che vi sia bisogno di procurarsene una nuova: ma questa ipoteca non può affligere gl' immobili *se non a misura degli acquisti*. Ora secondo il sistema della pubblicità, che fa la base delle nostre leggi ipotecarie, questo carico non si opera altrimenti che col mezzo della iscrizione. Se ciò non fosse, bisognerebbe ammettere, che l'ipoteca à il suo effetto dal giorno stesso del titolo, come quando era generale ed occulta, il che non è ammisibile. L'ipoteca adunque diviene efficace per mezzo della iscrizione quando la proprietà de' fondi si acquista dal debitore.

D'altronde, per determinarsi intorno alla forma dell' iscrizione, bisogna risalire alla natura dell'ipoteca cui si riferisce. Questa in fatti è un' idea dalla quale non conviene allontanarsi, ed è infinitamente utile per risolvere le quistioni su questo assunto. Vi sono tre sole specie d'iscrizioni, la convenzionale, la legale, e la giudiziaria; l'una di queste tre specie non può confondersi coll' altra. Ora l'ipoteca di cui ora trattiamo non cessa di essere *convenzionale* malgrado la modificazione fattavi dalla legge per vantaggio così del debitore che

del creditore. La iscrizione dunque è necessaria, e non può aver luogo prima che la proprietà del fondo sia del debitore, poichè è della natura dell'ipoteca convenzionale che non possa affatto esistere su di un fondo che non appartiene al debitore. Allora è la iscrizione che specializza l'ipoteca, la cui sorgente è nel contratto; è il solo questo effetto al quale si limita la modificazione introdotta dall'articolo 2130 ✻ 2016. Di sorta che tutti gli altri creditori iscritti su i fondi così pervenuti al debitore, anche in forza d'ipoteche posteriori a quelle del creditore che troverebbesi nel caso previsto da questo articolo, ed iscritti prima di lui, a misura che i beni acquistansi dal debitore, saranno preferiti a questo creditore.

Invano, per eliminare la necessità della iscrizione, a misura che i fondi si acquistano dal debitore, si opporrebbero gl'incomodi gravissimi del creditore, per dovere spiare l'istante in cui ciascuno dei beni futuri perverrà al debitore, onde gravarli colla sua iscrizione. Invano si direbbe che un debitore di cattiva fede può profittare dell'ignoranza di un creditore, ed alienare od ipotecare frodolentemente ad un altro i fondi nell'istante medesimo che ne diviene il proprietario. Egli è vero che in questo caso, sarebbe stato utilissimo se il legislatore avesse accordato al creditore un termine per la iscrizione a contar dall'epoca in cui i beni futuri si acquisterebbero dal debitore. Lo stesso desiderio si manifesta in molte altre circostanze ch'io fo osservare nel corso di quest'opera. Ma questo avviso è diretto piuttosto al legislatore che al magistrato, od al giureconsulto; e quando anche per questa parte vi fosse una imperfezione nella legge, non sarebbe questa una ragione sufficiente per denegarsi ad eseguirne le disposizioni allorchè sono chiare e precise.

È anche vero, che trattandosi d' ipoteca giudiziaria, la quale colpisce tutt'i beni futuri, la iscrizione sopra tutt' i beni presenti e futuri, presa in ogni provincia, è sufficiente. Ma questi due casi non possono paragonarsi insieme, come mi spiegherò meglio parlando dell' ipoteca giudiziaria.

(Il debitore che non possiede verun immobile può ipotecar quelli che acquisterà in seguito?)

63. Devo qui far conoscere a questo proposito che la Corte reale di Besanzone, con sua decisione del 29 agosto 1811, *Denevers an. 1812 pag. 55 au suppl.* à dichiarato che un debitore che non possiede immobili nel tempo della obbligazione può, per sicurezza del credito, ipotecar quelli che acquisterà in appresso. Io son di avviso che questa decisione regga. Una simile ipoteca non si oppone all'art. 2129 ✳ 2015, è secondo lo spirito dell' articolo 2130 ✳ 2016, e n' è anzi una conseguenza. Sarebbe difficile di stabilire una differenza fra il caso di un debitore che possedendo beni immobili, gl'ipoteca, e stante la loro insufficienza ipoteca ancora i beni futuri, ed il caso di un debitore che non possedendo immobili al tempo della obbligazione, per sicurezza del creditore ipoteca i suoi beni futuri. Del resto gioverà leggere i motivi della decisione che sono giudiziosissimi. Soggiungo ch' entra nelle mire di una sana politica di facilitare le obbligazioni colla stipulazione dell' ipoteca fino a che non si rechi verun pregiudizio ai terzi. Ma ben si vede che così in un caso, come nell' altro, l' iscrizione è necessaria sopra ciascuno dei fondi a misura che il debitore gli acquista. E nella specie della decisione di cui ho parlato, il creditore non aveva trascurata una simile precauzione.

Giova pure di osservare che nei due casi enun-

ziati nel presente numero e nel precedente, il debitore potrebbe chiedere la riduzione dell' ipoteca, se il creditore gli desse un'eccessiva estensione relativamente all' ammontar del debito. La modificazione dell' ipoteca speciale nascente dall'articolo 2130 ✻ 2016 fa nascer l' idea di ravvicinar questa ipoteca, così modificata, all' ipoteca giudiziaria ed anche alla legale riguardo alla quale si ammette la riduzione. Quando il debitore non può regolar da se medesimo i limiti dell'ipoteca convenzionale, per effetto dell' ascendente preso su di lui dal creditore, è allora che bisogna invocar l' articolo 2161 ✻ 2055. Non bisogna abbandonarlo al capriccio, alla durezza, ed al timor panico del creditore.

(Spiega dell' articolo 2131 ✻ 2017.)

64. L' articolo 2131 ✻ 2017 offre un altra modificazione. Esso è così concepito: « Parimente nel caso che l' immobile o gl' immobili presenti sommessi all' ipoteca fossero periti o deteriorati, in modo che fossero divenuti insufficienti alla sicurezza del creditore; questi potrà o chiedere sul momento il suo rimborso, o ottenere un supplimento d' ipoteca ».

Il saper se vi sia o no sufficienza per la sicurezza del creditore, dee dipendere da una perizia, ammeno che, comparando il valor del credito col valor del fondo rimasto dopo il deperimento, l' insufficienza non fosse evidente. Ciò si ricava dall' articolo 2209 ✻ 2110 ove si dice che il creditore non può chiedere la vendita degl'immobili che non sono ipotecati a suo favore, se non quando i beni ipotecati pel suo credito fossero insufficienti. Ma ben si ravvisa che questa in-

sufficienza dev'essere stabilita o col consenso delle parti, o per mezzo di perizia. Si può dir benanche che la scelta fra il pagamento (la legge suppone che il termine non sia spirato) od il supplemento d'ipoteca, di cui si è fatta parola nell'articolo 2131 ✻ 2017 sembra che sia del debitore, quantuque la legge, per questo riguardo, lascia sussistere qualche equivoco. Nel dubbio, tutto s'interpetra per la esecuzione del contratto, in favor del debitore. Succede in questo caso come in quello di un'obbligazione contratta con garentia. I fondi ipotecati sono come tanti materiali istromenti che tengon luogo di fidejussori. Ora nel caso di un mutuo contratto con garantia, quando il garante diviene insolvibile, l'obbligazione non cessa di sussistere. Il debitore è tenuto soltanto a darne un altro. Ecco la disposizione dell'art. 2020 ✻ 1892 del Codice civile.

Ma ben si ravvisa che nel caso di supplemento d'ipoteca, sia perchè convenuto fra le parti volontariamente in forza di un atto autentico, sia perchè, discordando esse sul valore, lo abbia determinato il tribunale con sua sentenza, il creditore dee prendere iscrizione su i fondi che formano questo supplemento. L'iscrizione dev'essere presa in virtù del primo atto di obbligazione e dell'altro, o della sentenza che fissa il supplemento; o l'ipoteca non ha effetto che dal dì di questa iscrizione. L'iscrizione presa su i primi fondi ipotecati, non può supplir quella da prendere su i nuovi fondi, l'ipoteca de' quali dev'essere similmente conosciuta dai terzi. L'ipoteca conserva sempre la qualità di convenzionale, ed è sommessa ai principj che regolano siffatta ipoteca.

(Effetto dell' ipoteca generale contratta sotto l' impero del Codice civile in un atto ordinario.)

65. Ciò che vivamente fa sentire la necessità di stipular, con molta attenzione, la specialità dell' ipoteca si è la controversia insorta nei tribunali per conoscersi se il creditore che sotto l' impero del Codice civile (il che avrebbe avuto luogo solamente colla legge di *brumaire* anno 7) (novembre 1799) ha stipulata un' ipoteca generale la quale sarebbe nulla, può, prima della esigibilità del credito obbligare il debitore a dargli un' ipoteca speciale. La Corte reale d' Aix si fu per la negativa, con una decisione del 16 agosto 1811. *Denevers an. 1815, pag. 89 supp.* Ma questa decisione sembra molto dura. Un errore intorno a siffatta stipulazione non potrebbe mai privare un creditore del dritto di chiedere quella sicurezza ch' ei credeva di avere e che non ha. Vi è stata sempre l' intenzione di dare le sicurezze ipotecarie, e sarebb' egli giusto che un creditore in questo caso fosse costretto di vedere tranquillamente un debitore di cattiva fede dissipare la sua fortuna e vendere successivamente tutt' i suoi beni senza ch' ei potesse prevenire la perdita del suo credito? Del resto, le circostanze possono influire assaissimo, e parrebbe che, in seguito della citata decisione, sieno osservabili quelle che partoriscono questo effetto.

Vi è qualche analogia fra questa specie, e quella sulla quale la Corte reale di Riom à emessa una decisione il 25 maggio 1816. *Denevers anno 1817 pag. 31 supp.* Questa Corte à ragionevolmente giudicato che il debitore il quale à ipotecato i suoi beni in un' epoca in cui non possedeva alcun immobile, poteva essere obbligato a dare al suo cre-

ditore un ipoteca speciale sopra quelli acquistati in seguito.

Da tutto questo però si desume che, per principio, un'ipoteca generale contratta sotto l'impero del Codice civile, è nulla. Essa non produce alcun effetto non solo contra colui che l'ha consentita, ma nemmeno contro i suoi eredi. Contra di questi non vi sarebbe che l'azion personale per la loro quota, e ciascun di essi non sarebbe sottoposto all' azione ipotecaria per l'intero sugl'immobili ricaduti nelle loro quote, il che ha luogo nel caso di un ipoteca generale, legalmente consentita come tale. Il signor Chabot de l'Allier ne ha fatta una giudiziosa osservazione nel suo *Commentaire sur les successions art. 873 n.° 13*; (*a*) e la Corte reale di Riom 2.ª camera con decisione del 6 gennajo 1820 à pur così giudicato. Veg. *Journal des audiences* di questa Corte *1.° cah. 1820 pag. 12*.

(*a*) Non posso dissimulare che qui l'autore del trattato non fa uso della sua solita chiarezza. Perchè questo fine unico, o almen principale, del discorso non si perda mai di vista ho creduto dover qui riportare le parole usate dal signor Chabot de l'Allier, dal quale la teoria del nostro autore è stata attinta.

» Secondo il nuovo sistema ipotecario adottato dal Codice civile non vi è che l'ipoteca legale, e la giudiziaria che colpiscano tutti gl'immobili del debitore. L'ipoteca convenzionale non gravita che sopra gl'immobili specialmente ipotecati col titolo costitutivo del credito, o con atto autentico posteriore, art. 2129 ✱ 2015 e per conseguenza l'azione che produce la ipoteca convenzionale non può esser diretta se non contra quelli fra gli eredi i quali posseggono o tutto o parte dei beni specialmente ipotecati: essa non può sperimentarsi contra i possessori degli altri beni ereditarj ».

(Utilità della iscrizione presa dal creditore spropriante, anche quando sulle prime non si presentassero altri creditori.)

66. Da quel che ò detto sulla natura e l'oggetto della iscrizione, deriva che la iscrizione la quale sola dà efficacia all'ipoteca, è necessaria relativamente ai terzi, e non relativamente al debitore. Il creditore ipotecario, quello cioè che à un titolo semplicemente autentico, importante ipoteca, potrebbe spropriare con effetto i beni del debitore senza aver presa iscrizione, o avendola nullamente presa: i beni del debitore non per questo cessan di essere obbligati; e tanto basta perchè si proceda alla spropriazione. Sarebbe questo il caso di far uso del principio elementare consecrato nell'articolo 2092 * 1962 del Codice civile: « Chiunque si è obbligato personalmente è tenuto ad adempire alle sue obbligazioni su tutt'i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri ». Questa disposizione è talmente evidente ch'io potrei dispensarmi dall'appoggiarla con una decisione della Corte di appello di Liége, del 28 novembre 1808 riportata da *Denevers an. 1810, pag. 32*.

Non di meno bisogna quì osservare ch'è sempre prudenza lo iscriversi: ve ne sono due ragioni. La prima si è che lo stesso creditore spropriante sarebbe superato dagli altri creditori che avessero prima di lui adempita questa formalità. La seconda, che lo stesso creditore spropriante che non si sarebbe iscritto prima di cominciar questa procedura correrebbe il rischio di perdere tutte le spese del pignoramento se il debitore alienasse i fondi prima della denunzia fattagliene, e fosse, d'altronde insolvibile. Vi è di più: se, anche dopo questa denunzia, il creditore, per esempio di 20,000 fr., in forza di un titolo autentico ed esecutivo,

ma non iscritto, avesse cominciato, contra il suo debitore il giudizio di spropriazione di fondi del valore di 20,000 fr. gravati di un altro debito ipotecario di 10,000 fr., egli sarebbe escluso da un acquirente volontario il quale avesse fatto l'acquisto di questi stessi fondi pel valore di 10,000 fr.; poichè pagando questi 10,000 fr. avrebbe soddisfatto alla legge ed al contratto. Tale sarebbe la conseguenza dell'articolo 693 * 772 del Codice di procedura. Questo è quello ancora che giudiziosamente osserva il signor Tarrible, *Rep. de jur., saisie immobilière §. 6 art. 1.er n.° 14*: ma in tesi generale, il creditore spropriante non iscritto, può ben proseguire la spropriazione: e se le circostanze previste non si avverano, il prezzo della vendita servirà pel pagamento del credito e delle spese.

Alla decisione del 28 novembre 1808, si può aggiungere un'altra decisione del 15 aprile 1809 della Corte reale di Parigi colla quale si è giudicato che un giudizio di spropriazione non poteva essere annullato solo perchè la iscrizione presa dal creditore spropriante era radicalmente nulla. Ben si scorge l'analogia che regna fra due specie, senza che faccia d'uopo di spiegarla. Quest'ultima decisione si trova in *Dènevers an 1810 pag. 68 supp.* Vi è pure qualche relazione fra quest'ultima decisione, ed un'altra della Corte di cassazione del 10 febbrajo 1818 riferita dallo stesso autore *an 1818 pag. 95*. La Corte di cassazione à giudicato che ogni creditore ipotecario, sia qualunqne il grado della sua iscrizione à il dritto di far spropriare il terzo possessore del fondo ipotecatoglisi, senza che gli si possa opporre il non aver egli interesse a ciò, non potendo sperare di essere utilmente collocato.

Dopo queste spiegazioni preliminari passo a trat-

tar degli oggetti enunziati nel titolo di questa seconda sezione.

§. 2.°

Forme costitutive della specialità. Pubblicità di tutte le ipoteche di qualunque natura esse sieno; e forme della iscrizione.

(Forme costitutive della specialità. Può cominciar con un atto sotto firma privata seguito da un atto notariale di ricognizione.)

67. La specialità dell'ipoteca deve sempre derivare da un atto autentico, giusta l'articolo 2127 ✱ 2013 del Codice civile. Non è necessario che sia contenuto nello stesso atto costitutivo della obbligazione: può farsi con un atto posteriore purchè sia in forma autentica: questa è la disposizione dell' articolo 2129 ✱ 2015.

Malgrado ciò l' ipoteca potrebbe anche risultare da un atto sotto firma privata, contenente la specialità il quale dopo di essere stato registrato sarebbe riconosciuto, avanti notajo, dal debitore, a pro del creditore. Si sa che in simili casi il primo atto riman depositato presso il notajo e che rimane annesso alla minuta dell'atto di ricognizione. Intorno a ciò non v' ha alcuna disposizione precisa nel Codice civile; l'articolo 2123 ✱ 2009, parla delle ricognizioni e verificazioni fatte in giudizio delle sottoscrizioni apposte ad un atto di obbligo steso con iscrittura privata; il che si riduce ad un' ipoteca giudiziaria. Ma non può dubitarsi che un simile atto così riconosciuto non produca ipoteca convenzionale e speciale. La ragione si è che l' autenticità della ricognizione dell' atto si trasfonde nell'atto medesimo. Ciò aveva luogo prima della nuova legislazione. Mi contento di citar

quel che dice Pothier *Introd. au tit. 20 de la coutume d'Orl. ch. 1. sect. 1. n. 13.* « Gli atti, ei dice, con iscrittura privata, vengono muniti dell'autorità pubblica, e producono ipoteca dall'istante della ricognizione fattane dal debitore, *avanti notajo* ». Non vi è ragione alcuna per allontanarsi da questo principio sotto al rapporto dell'ipoteca speciale stabilita dal Codice civile. Applicando lo stesso principio può dirsi che se l'atto obbligatorio sotto firma privata, non contenesse la stipulazione dell'ipoteca con ispecialità, il debitore potrebbe effettivamente stipular questa ipoteca coll'atto notariale, contenente ricognizione dell'atto obbligatorio. Il procedimento da me indicato ordinariamente non si usa : ma la forza di particolari circostanze può indurre taluno ad usarlo.

(**Casi particolari a questo riguardo.**)

68. Quel ch'io ò detto è stato costantemente osservato in molte contestazioni elevatesi per sapere quale effetto aver dovevano atti con iscrittura privata. Si è anzi giunto a render valida una costituzione d'ipoteca speciale ed una iscrizione nel caso di un deposito fatto dal debitore, presso un notajo, di un atto obbligatorio sotto firma privata il quale conteneva una stipulazione d'ipoteca con ispecialità e nel quale dicevasi, egualmente, che questo atto si sarebbe depositato presso un notajo, e che se ne sarebbe rilasciata una copia al creditore a spese del debitore. Una sentenza, confermata dalla Corte di appello di Caen, dichiarò valida la iscrizione, stantecchè l'atto era divenuto autentico per effetto del *deposito* fattosene presso un notajo. Il ricorso fu rigettato dalla Corte di cassazione, il dì 11 luglio 1815, riportato da Denevers *lo stesso anno pag. 459.* Con questa deci-

sione si considera che col deposito fatto dai debitori *innanzi notajo, per esecuzione dell' obbligazione*, il contratto con scrittura privata è divenuto autentico, poichè l' atto depositato, e l' atto di deposito redatto dal notajo, *si sono identificati e non han formato che un solo e medesimo atto.* Nondimeno rimane sempre la difficoltà, che il deposito solo è un *fatto* e non una positiva ricognizione di tutto quello ch' è contenuto nell' atto depositato, e specialmente una ricognizione ed approvazione della costituzione dell' ipoteca con ispecialità.

Del resto ben si conosce quanto sia conveniente di battere il sentiero da me indicato nel numero precedente, ond' evitare le difficoltà che nascono dalle disposizioni imperative degli art. 2127 e 2129 ✻ 2013 e 2015 del Codice civile. L' atto di deposito dee contenere una ricognizione ed approvazione del contenuto nell' atto depositato. Ma pur troppo s' intende che un semplice deposito fatto dal creditore presso un notajo senza il concorso e la ricognizione del debitore, sarebbe assolutamente inefficace in ordine all' ipoteca, e se ne comprende facilmente la ragione.

Questa specie à molta analogia colla seguente. Una persona dà facoltà con iscrittura privata, di costituire un' ipoteca speciale sopra i suoi immobili. Il procuratore costituisce l' ipoteca con atto notariale; ed il creditore in forza di questa ipoteca prende subito iscrizione su i medesimi beni. In seguito, la stessa persona che aveva fatto il mandato, con iscrittura privata, di costituire l' ipoteca, contrae una nuova obbligazione e conferisce al nuovo creditore un' altra ipoteca sopra i suoi immobili. Divampa un litigio fra questi due creditori; e si cerca sapere quale delle due ipoteche sarà la preferita. Una decisione della Corte di cassazione, *se-*

zione de' ricorsi, *del 27 maggio* 1819 riferita da Denevers, *lo stesso anno pag. 405* accorda la preferenza alla prima. E ciò per la ragione che per quel che riguarda il mandato, il Codice stabilisce, come regola generale che ogni mandato, qualunque ne sia l' oggetto, può esser fatto per mezzo di scrittura privata, e che, occupandosi, in un'ulteriore disposizione, del mandato, ad effetto di consentir l' ipoteca, non deroga alla regola già stabilita, dicendo solamente che questo mandato dev'essere *espresso*. E per l' altra ragione ancora che, trattandosi dell' atto costitutivo d' ipoteca, questo atto era autentico e consentito da un mandatario specialmente autorizzato a gravar d' ipoteca i beni del suo mandante.

Prudenza vuole che si prendano tutte le più convenienti misure ond' evitare difficoltà tanto gravi in una così importante controversia. Ora non deesi perder di vista che gli articoli 2127 e 2129 * 2013 e 2015 del Codice civile esigono imperiosamente che l' ipoteca sia stabilita con atto autentico. Essa è di dritto civile; emana dall' autorità pubblica, e non può derivare se non da un atto stipulato da un pubblico uffiziale che à ricevuto dal Re il carattere di conferire l' autenticità. L' ipoteca dunque convien ch' emani meno dall' atto stipulato da una persona munita di mandato che dall' atto stesso sottoscritto dal debitore. Quanto agli articoli del Codice civile relativi alla forma del mandato si vede che fa d' uopo di coordinarli con quelli dello stesso Codice relativi alla costituzione dell' ipoteca, cui non pensavasi ancora quando fu adottato il progetto di legge sul mandato. È molto più conforme ai principj che l' obbligo dell' ipoteca speciale sia contenuto nel mandato fatto avanti notajo, e che il mandatario, in via d' esecuzione, ripeta questa stipulazione per supplire all' assenza del debitore che ipoteca.

Nella specie della decisione del 27 maggio 1819, il debitore dopo la seconda obbligazione, e costituzione d' ipoteca, avea ratificata la sua obbligazione a pro del primo creditore; e questo aveva presa una seconda iscrizione *senza pregiudizio della prima* Ora, a questo proposito, io credo dover rammentare il principio da me già stabilito, per effetto del quale questa ratifica sarebbe stata interamente inefficace, se la prima costituzione d' ipoteca fosse stata nulla, la ratifica non avendo mai effetto retroattivo in danno de' terzi. Veg. il num. 42.

(Oggetti importanti che la iscrizione deo far conoscere giusta l' atto costitutivo dell' ipoteca.)

69. Non bisogna essere attento alle sole forme dell' atto col quale un debitore dà un'ipoteca speciale. Vi sono molti oggetti su i quali, giusta gli articoli 2129 e 2148 * 2015 e 2042 del Codice civile bisogna mettere molta cura, onde adempiere esattamente il voto della legge; e così ottenere e conservar l'ipoteca. Lo scopo di questi due articoli del Codice si è di far conoscere 1. gl' immobili ipotecati; 2. il creditore; 3. il debitore; 4. l' ammontar del credito, la data, la natura del titolo, e l' epoca della esigibilità del credito. Tutto quello che la legge prescrive per procurar la conoscenza di questi oggetti è comune alla specialità ed alla iscrizione, poichè la iscrizione dev' essere un quadro fedele della specialità, ed un estratto di tutte le parti dell' atto che la costituiscono. Son questi i soli mezzi in forza dei quali i terzi possono acquistar questa conoscenza, talchè è impossibile di distaccare la specialità dalla iscrizione, nelle spiegazioni nelle quali son per entrare.

(Cambiamento della giurisprudenza a questo riguardo. Principj su i quali bisogna fermarsi.)

70. Ma prima di discendere a questo esame, è utile ch' io indichi una diversità di giurisprudenza che à luogo sulla osservanza di queste formalità. Le teorie saran meglio conosciute e si avranno idee più giuste sullo spirito dell' attual giurisprudenza e sulla necessità di conservarla.

Nei primi tempi, quando comparve la legge ipotecaria, nei tribunali e specialmente nella Corte di cassazione si formò un sistema di severità sull' osservanza delle formalità relative agli oggetti di cui la legge voleva che si desse conoscenza per mezzo della iscrizione, e quindi per mezzo del contratto costitutivo dell' ipoteca, di cui la iscrizione non era, ed esser non poteva che un sunto. Si credeva che lo spirito della legge era nella lettera della legge stessa, ed i magistrati avendo osservata la legge da questo lato, e sentendosi obbligati a siffatta severità dai moti della loro coscienza, non credettero doverli calmare colla considerazione delle conseguenze.

È verissimo: le nullità non si suppliscono; esse devono essere testualmente pronunziate dalla legge, giusta quel che dice Mornac, *veg. il n. 17*, e non vi sono nullità pronunziate dagli art. 2129 e 2148 * 2015 e 2042 del Codice civile. Ma, dicesi, il principio si modifica in caso d' inosservanza delle formalità di cui trattasi. Allorchè la legge accorda un benefizio sotto una certa condizione, questo benefizio non può esistere senza che la condizione si avveri. La legge volendo la iscrizione, à voluto regolarla com' essa è. Se non è tale, come se non ve ne fosse alcuna. Di là la dottrina delle nullità *sostanziali, ed assolute*.

Le conseguenze però di tale severità divennero così funeste, e ne derivò un numero così strabbocchevole di decadenza d'ipoteche, impossibile essendo l'osservanza esatta e scrupolosa di tutte le formole, che vi furono vivissime discussioni le quali sparsero un nuovo giorno sulla controversia, e ne risultò un sensibile cangiamento nella giurisprudenza. Questo cangiamento ha resa più salda la legge benintesa, senza che gl'interessi dei creditori iscritti e dei terzi sian vulnerati. Io credo che il signor Merlin abbia molto contribuito a rettificar la prima giurisprudenza, con osservazioni sagge, e forti ragionamenti, da me osservati in alcuni de' discorsi da lui pronunziati, in qualità di procurator generale, alla Corte di cassazione quando presentavansi difficoltà di questo genere. Mi limiterò ad esporre alcuni squarci del discorso pronunziato in occasione di una decisione resa il 15 maggio 1809 fra la marescialla di Beauveau, e la signora Testu-Balincourt, riportato da Denevers *an. 1809 pag. 206.* Questi squarci sono il sunto di altre parti del suo discorso. Io li riferisco perchè amo che si sia penetrato de' veri principj su i quali bisogna ora fondarsi, in ordine alle quistioni di questa natura che l'interesse, o la cupidigia, fan sorgere di continuo.

Trattavasi di una nullità per mancanza di designazione del domicilio e professione del creditore ed io son di avviso che le osservazioni ch'ei faceva intorno a questa formalità possono applicarsi egualmente a tutte le altre. Ora il sig. Merlin, così si espresse: « Questa pena di nullità (per non essersi indicato il domicilio) non è comminata dalla legge; e perchè ? perchè riponendo tutta la sua confidenza nel principio generale che prescrive la pena di nullità doversi intendere di pieno dritto in tutte le disposizioni relative alle formalità *sostanziali* e non mai in quelle relative alle formalità

secondarie, essa riposa su i giudici in quanto alla cura di distinguere quali sono, fra le formalità volute per le iscrizioni quelle che si riferiscono o non si riferiscono alla sostanza degli atti, vale a dire, quelle che sono o non sono indispensabili *per far conoscere il credito, il debitore, il creditore ed i beni su i quali gravita l' ipoteca.* »

Altrove dice: « In una iscrizione ipotecaria il giudice è tenuto osservar la regola con cui si prescrive, a pena di nullità, la chiara e precisa designazione della persona del creditore. Egli può non applicar questa regola alla mancanza di tale o tale altra indicazione voluta dalla legge per fissare siffatta designazione, quando, d' altronde, nella causa di cui trattasi, egli trova o che queste indicazioni sono state sufficientemente surrogate da altre, o che sono inutili per la conoscenza della persona del creditore. »

Ei soggiunge una cosa importantissima: « L'iscrizione è stabilita affin di dare ai privilegj ed alle ipoteche una pubblicità capace di garentire i terzi interessati da qualunque sorta di frode. L' oggetto della iscrizione è dunque adempiuto, quando, pel modo col quale è concepita essa manifesta al pubblico il credito privilegiato, ed ipotecario che vuol conservare. »

Devo d' altronde osservare che s' incorreva in un eccessivo rigore, considerando le omissioni come altrettante nullità *sostanziali ed assolute.* La maggior parte di tali nullità non devon essere, a parlar propriamente, che nullità *relative*, il cui effetto è molto differente. L' improprietà dell' espressioni spesso mena alla confusione delle cose. In fatti un debitore non potrebbe impugnar come nulla una iscrizione sol perchè gl' indizj ch' essa somministra sono imperfetti. Egli conosce il fondo che à ipotecato, la natura ed il valor del credito: non

vi sarebbe che l' acquirente o il creditor posteriore, il quale potrebbe risentir danno da questa mancanza d' indizj; talchè la nullità, se una ve ne fosse, sarebbe *relativa* unicamente a questi ultimi che soli potrebbero opporla. Vi sono pure altri casi ne' quali la nullità sarebbe *relativa* ad un acquirente che può opporla, perchè vi ha un interesse, e sarebbe estranea ai creditori non ammisibili per giovarsene, poichè non vi hanno interesse. Io stimo util cosa il far conoscere alcune eccellenti riflessioni fatte dal sig. Chabroud, avvocato alla Corte di cassazione, in ordine a questa controversia, e specialmente al difetto di menzione della esigibilità di cui parlerò fra poco. Egli spiega benissimo la vera natura della iscrizione e l' oggetto di essa; ciò che in una iscrizione ne è *sostanziale*, e ciò ch' è *accidentale*; ciò ch' è assoluto, e ciò ch' è relativo. Queste riflessioni sono contenute nella discussione di un arresto della Corte di cassazione del *4 frimaire* an 14 (25 novembre) riferito da Denevers *an. 1806 pag. 154*. I mezzi ch' egli allora allegò furono rigettati, ma oggi si trovano uniformi ai principj adottati (1)

---

(1) Questo avvocato diceva con molta esattezza e con molta profondità.

» Nella forma della iscrizione bisogna distinguere ciò ch'è *sostanziale* da quello ch' è *accidentale* e quello *assoluto* da quello ch' è *relativo*.

» Il sostanziale ed assoluto in fatto d'inscrizione è la iscrizione stessa; l' enunziazione del titolo senza di cui non vi è ipoteca; quella della data del titolo che fissa il grado dell' ipoteca; la menzione dell' ammontar del credito che dà consistenza alla iscrizione; in fine la indicazione dei beni su i quali poggia l' ipoteca.

» Per tutti questi punti vi è l' interesse del debitore, dei terzi che tratteranno con lui, e della cosa stessa: si può ben dire che ove tutte queste condizioni non si osservino, non vi è iscrizione.

Il progresso della giurisprudenza mi spinge a dire che si è giunto a tale, quando trattasi di pronunziare sopra difficoltà di questa specie, che convien interrogar se medesimo dicendo: l' omissione o l' errore pel quale s' impugna una iscrizione, à essa nociuto ad alcuno? à essa impedite le conoscenze necessarie relativamente agl' interessi de' terzi? In una parola, lo scopo della legge è stato, oppur no, adempiuto? Se non lo è stato *letteralmente*, lo è stato almeno *virtualmente*, e, servendomi dell' espressioni degli antichi giureconsulti, potrei anche dire, *potenzialmente*, *potentialiter*? Ed annullando troppo leggiermente una iscrizione, non dev' egli temersi di favorire una speculazione vergognosa, alla quale, come si è visto, si abbandonerebbero due persone, di cui l' una si prefiggerebbe di acquistare ad un prezzo vilissimo, e l'altra di vendere ad un prezzo qualunque, prendendosi gioco di un' ipoteca già costituita?

Ma per utili che sieno queste idee generali, esse non fanno che preparare a meglio intendere le particolarità, la spiegazione delle quali diviene indispensabile. Del resto in questa spiegazione sarò più breve, per essermi già esteso abbastanza nel pre-

---

« In quanto alla indicazione della scadenza del credito è indifferente alla essenza della iscrizione, poichè la sua causa, la sua consistenza, il suo effetto son d' altronde determinati. Il debitore non ha interesse che questo credito sia enunziato, giacchè lo conosce: è lo stesso per gli altri creditori, giacchè esso non altera i loro dritti. Tutto al più vi ha qualche interesse l' acquirente: ma questo può informarsi prima di contrattare, e dopo aver contrattato può richiederne sia il suo venditore, sia il creditore iscritto.

« Se dunque vi fosse stata nullità non sarebbe stata assoluta, ma relativa all' interesse dei creditori, e quindi non avrebbe potuto pronunziarsi in favor de' creditori. »

sentar quelle idee generali alle quali rimetterò il lettore quando lo crederò necessario.

(Conoscenza che dee darsi dei fondi ipotecati. Indicazione delle decisioni che vi si riferiscono.)

71. Comincio dalla conoscenza che dee darsi dei fondi ipotecati (1). Giusta l' articolo 2129 ✳ 2015 del Codice, l' atto costitutivo dell' ipoteca convenzionale deve dichiarare *specialmente la natura e la situazione di ciascuno degl' immobili* attualmente appartenenti al debitore; e l' articolo 2148 n. 5 ✳ 2042 n. 5 vuole che la iscrizione contenga l' indicazione della *specie* e della *situazione* dei beni su i quali intende conservarsi il privilegio o l' ipoteca. Trovansi le disposizioni medesime negli art. 4 e 17 della legge degli 11 *brumaire* an. 7 (2 dicembre 1799). Le parole *natura*, *situazione*, *specie* hanno dato luogo a gravissime difficoltà. Ma, grazie al saggio temperamento ammesso da alcuni anni, simili difficoltà si dileguano.

Se si tratta di costituire un ipoteca speciale sopra uno o più stabili presi particolarmente, i quali compongono tutta la fortuna del debitore, o scelti fra parecchi altri di cui esso è il proprietario, bisogna allora raddoppiar le cure e la vigilanza per determinare con precisione quello che fa l' oggetto dell' ipoteca. Convien prendere tutte le immaginabili precauzioni, onde sparisca ogni equivoco. Vi si giungerà indicando la natura dello stabile, dicendo s' è un casamento, una fucina ec... ovvero un fondo rustico, e facendo conoscere in quest' ulti-

---

(1) Dopo di essermi spiegato intorno alle formalità mi sono accorto ch' io non aveva seguito l' ordine indicato dall' art. 2148 ✳ 2042 del Codice: ma mi son convinto che questo era indifferente per la discussione.

mo caso la specie del fondo; vale a dire s' è una masseria, una vigna, un prato ec.. La situazione potrà conoscersi benanche dalla denominazione del territorio, e della comune ov' è sito il fondo ipotecato. Ma sopra tutto ben si ravvisa quanto sia importante il designare il fondo coi suoi confini, o almeno con alcuni di essi, se tutti non posson conoscersi. Se si è data in ipoteca una casa, è prudenza d' indicarne non solo la strada, ma il numero quando è messa in una città ove le case son numerate; in somma bisogna fare in guisa che l'ingannarsi sia quasi impossibile su ciò che forma il saggetto dell' ipoteca.

Ma si corre sempre meno rischio, e si dà più facilmente conoscenza del fondo ipotecato se l' ipoteca è stata costituita con una formola *universale* di quel che sarebbe se fosse costituita con una formola *individuale*, ch' è quella di cui ora ho fatto parola. Presto si ravvisa che una dichiarazione d'ipoteca sebbene data con una formola apparentemente generica, allorch' è ristretta agl' immobili, di qualunque natura essi sieno, i quali sono siti nel tenimento di una comune indicata con precisione, è molto meno capace di equivoci di quello che il sia un' ipoteca che colpisce un fondo isolato che convien distinguere fra molti altri. Nel primo caso la indicazione delle dipendenze territoriali ove trovansi i fondi ipotecati è la sola guida sufficiente per determinare quello ch' è sottomesso all' ipoteca, astrazion fatta da tutto quello che riguarda la *natura*, la *specie*, ed i *confini*.

Nondimeno una decisione della Corte di cassazione del 23 agosto 1808 inserita nel Bollettino delle decisioni di questa Corte *tom. 10 pag. 233* ha dichiarate nulle due ipoteche speciali, delle quali l' una cadeva sopra *i beni* che il debitore *possedea nel circondario dell' uffizio dell' ipoteche sta-*

bilito a Muret, e l'altra era costituita *sopra tutt' i beni siti nei comuni di Pinsaguet e de Roques, circondario dell' uffizio dell' ipoteche stabilito a Muret.* Il tribunale di Muret e la Corte di appello di Tolosa, avean dichiarato che le ipoteche stipulate a questo modo eran valide, stantecchè i contratti affligevano i beni che il debitore possedeva in una determinata comune, e quindi la situazione dei fondi era sufficientemente indicata; e che se non se ne fosse designata la natura dichiarando che consistevano in case, giardini e masserie, tale designazione era affatto inutile trattandosi di fondi siti in campagna, nel tenimento di una stessa comune, e formando un solo fondo per loro destinazione. Ma la Corte di cassazione ragionò la sua decisione dicendo che le iscrizioni erano assolutamente *mute* sulla natura dei fondi pretesi ipotecati; che gli articoli 4 e 17 della legge di *brumaire* (novembre) esigeva l'indicazione della natura e della specie de' fondi ipotecati.

Un' altra decisione della stessa Corte, del 20 febbraio 1810, riferita nello stesso Bullettino, *tom. 12 pag. 16* e da Sirey, *an. 1810 1.re partie pag. 178* e da Denevers *an. 1810 pag. 107*, à giudicato nella stessa guisa. Il signor Bertail aveva ipotecato, il 17 *germinal* an. 7 (7 aprile 1799) al signor Courbon *tutt' i suoi beni presenti, siti nel tenimento di S. Genest*, ed in forza di questo atto Courbon si era iscritto *SOPRA UN FONDO DELLA EREDITA'*, *sito nel tenimento, e nelle adjacenze della comune di S. Genest.* La specialità dell' ipoteca, e la iscrizione vennero impugnate pel preteso difetto d' indicazione della natura e situazione del fondo. Questo mezzo adottato dal tribunale di S. Stefano, fu rigettato dalla Corte di appello di Lione che confermò l' ipoteca

e la iscrizione. Prodottosi ricorso, la decisione fu cassata, per la ragione che non vi era designazione, nè della natura, nè della situazione dei fondi dati in ipoteca. Ma questi due arresti, non che gli altri ch' io mi dispenso dal qui riferire, si risentono di quella severità dalla quale si è rivenuto.

Quindi con un arresto del 25 novembre 1813, rapportato da Sirey, *tom. 14 pag. 44.* la Corte di cassazione à giudicato che la indicazione della comune nel cui tenimento son siti i beni ipotecati non è indispensabile per la validità dell' ipoteca e della iscrizione, quando altre circostanze vi sono che fan sufficientemente conoscere i fondi su i quali gravita l' ipoteca. Per amor di brevità rimando al Decisionista chiunque ama di aver conoscenza della specie particolare.

A misura che si progredisce nella conoscenza delle posteriori decisioni che han formata una novella giurisprudenza, si trova che i tribunali non han più voluta un' osservanza superstiziosa e giudaica delle forme: basta che il voto della legge sia adempito, e si rigettano le critiche forse suggerite dalla cupidigia e dissapprovate dalla buona fede

Una decisione della Corte di cassazione del dì 15 giugno 1815 à dichiarata valida una iscrizione presa in forza di una costituzione d' ipoteca *sul fondo di Beaudoin, composto di due possessioni e una riserva site al luogo detto Beaudoin, nel comune di S. Lorey-de-Harleix, cantone di Jumilhac, circondario dell' ufficio d' ipoteche di Noutron, dipartimento della Dordogne.* L' obbiezione consisteva nel non rilevarsi la *natura* dei fondi da' quali componevasi ognuna delle due possessioni e riserva: essa fu rigettata. La Corte reale di Riom con un decreto del 24 febbraio 1816

non ammise una domanda di nullità di una costituzione d'ipoteca, ed iscrizione in una causa simile. Devo nondimeno far osservare che la Corte di cassazione, con decisione del 16 agosto 1815 annullò una iscrizione presa in questi termini; « Sopra una possessione o fondo rurale, così denominato, e sito nel tale comune » perchè non vi era una designazione sufficiente della *natura* e della *specie* degl'immobili. Ma prendendo una particolar conoscenza della decisione, si è tentato a credere che circostanze peculiari e locali han dovuto influire sulla decisione (1).

Si osservi che le iscrizioni dovendo esser prese giusta l' articolo 2146 ✳ 2040 del Codice civile, nell'uffizio della conservazione delle ipoteche, nella di cui provincia sono situati i beni sottoposti al privilegio od all'ipoteca, se la costituzione dell'ipoteca cade sopra beni situati in diverse provincie, vi è bisogno di una iscrizione particolare in ogni uffizio della conservazione delle ipoteche di quelle provincie ove i beni rattrovansi, colla designazione propria, perchè si conoscano. Ciò deve praticarsi egualmente pel caso di una ipoteca data all'ingrosso sopra una eredità o possessione venduta collettivamente, della quale alcune parti trovansi situate in provincie vicine, ma diverse da quella ov' è la maggior parte dell' eredità o possessione ipotecata. Tal' è puranche la conseguenza che si deduce dall' articolo 2192 ✳ 2092.

---

(1) Per le tre ultime decisioni da me citate veggasi Denevers, an 1815 pag. 332 an 1817 pag. 34 sup. an 1816 pag. 40.

(Conoscenza che dee darsi del creditore e del debito. e.)

72. Eccomi al modo con cui deve darsi conoscenza del creditore e del debitore. Gli elementi di ciò che deve dirsi a questo riguardo attingonsi dall' articolo 2148 * 2042 del Codice civile.

Il creditore ed il debitore non possono altrimenti esser conosciuti che dal loro nome, cognome, domicilio, e professione, se una ne avessero. Allorchè si stava scrupolosamente alla lettera di ogni espressione del Codice riguardanti le formalità della costituzione d' ipoteca, e della iscrizione, forse si credè che le nullità erano tante quante erano le violazioni letterali della legge; e che ciascuna delle accennate menzioni doveva, a pena di nullità, ritrovarsi nella iscrizione sia che si riferissero al creditore, sia che si riferissero al debitore: ma anche per questa parte, per le ragioni medesime da me esposte nel numero 70, si è preso lo stesso temperamento adottato per le altre formalità.

Perlocchè una decisione della Corte di cassazione, del primo ottobre 1810, à dichiarata valida una iscrizione, malgrado che non contenesse la menzione della professione del creditore, ch' era mercante di coltelli in Besansone. La Corte non si arrestò alla opposizione ricavata dalle nullità *sostanziali* ed *assolute*. Il motivo della decisione è importante: consiste nel dire che « la designazione della professione del creditore iscritto, non essendo dalla legge richiesta a pena di nullità, questa non potrebb' essere supplita dal giudice se non nel caso che potesse riguardarsi come una formalità *sostanziale* ed *intrinseca* della iscrizione; ma che non può qualificarsi come formalità *intrinseca* e *sostanziale* all' atto d' iscrizione, la desi-

gnazione della professione del creditore iscritto, la quale è un accessorio puramente accidentale, specialmente quando, come nella specie, il debitore non à potuto ingannarsi, nè si è in alcun modo ingannato intorno alla persona del creditore iscritto ».

Una decisione della Corte reale di Parigi, del 16 febbrajo 1809, ed un altra della Corte di cassazione, del 15 maggio dello stesso anno, avevan già decise le più importanti quistioni, ammettendo l'equipollenza delle indicazioni riguardo ai nomi e domicilj del creditore e del debitore. Deriva da queste due decisioni, che gli eredi d'un creditore, han potuto prendere, sotto un nome collettivo e senza loro designazione individuale, un' iscrizione ipotecaria, mentre il creditore defunto è indicato individualmente. Si è così giudicato in opposizione di quello ch' era stato deciso da un arresto del 7 settembre 1807.

La conoscenza del debitore è più importante di quella del creditore; e ciò non ostante la legge (art. 2148 ✻ 2042) non esige, nei *borderò*, con tanto rigore l'enunziazioni relative ai debitori, quanto è quello col quale l'enunziazioni relative ai creditori. Il signor Favard, *Traité des hypothèques pag. 112* dà una giudiziosa ragione di siffatta differenza. « Il creditore iscritto, ei dice, conosce sempre i suoi nome, cognome domicilio e professione; la loro omissione adunque nel *borderò* della sua iscrizione, non è scusabile. Laddove egli può ignorare i nomi del suo debitore, il domicilio e la professione di lui; se fosse indispensabilmente obbligato di enunziarli ne' *borderò* coi quali cerca la iscrizione dell'ipoteca, si troverebbe esposto a non poter fare una valida iscrizione, e quindi a perdere il suo credito, senza che gli si potesse rimproverare o colpa o negligenza. Era dunque giusto che la legge venisse ad ajutarlo,

fornendogli i mezzi per supplire alle enunziazioni relative al suo debitore ch'egli non potrebbe dare, senza pregiudizio però del sistema della pubblicità è del dritto dei terzi. Ed ecco quello che la legge à fatto, ammettendo, in mancanza delle prescritte enunciazioni, una designazione speciale ed individuale del debitore, purchè tale designazione lo indichi perfettamente così che possa essere riconosciuto e distinto in tutte le circostanze. »

Con molta ragione quindi il signor Merlin, dando le sue conclusioni nella causa fra la marescialla de Beauveau, e la signora Testu de Balincourt sostenne che la legge permetteva di adempire, con *equipollenza*, la condizione imposta al creditore di designare il nome, cognome, domicilio e professione del debitore. Bisogna qui osservare che, giusta l'art. 2149 ✳ 2043 del Codice civile, le iscrizioni da prendersi su i beni di una persona già defunta possono esser prese colla semplice designazione del defunto. Le designazioni individuali dei di lui eredi non sono necessarie. Come dunque si avrebbe potuto pretendere il contrario per gli eredi del creditore? La designazione esatta del debitore basta, purchè le altre formalità prescritte sieno state adempiute, e purchè si conosca tutto quello che dev'essere conosciuto.

(Errore su i nomi e cognomi del creditore e del debitore.)

73. Una decisione della Corte di cassazione, del 15 febbrajo 1810, riferita da Sirey *tom. 10 1.ª par. pag. 179* à conservata una iscrizione presa sotto il nome di ***Pietro-Bartolommeo Gallet***, mentre il vero nome del creditore era ***Giacomo-Francesco Gallet***. L'errore era manifesto: vi eran due fratelli, de' quali l'uno chiamavasi ***Pietro-Bartolommeo***, e l'altro ***Giacomo-Francesco*** ch'era

il vero creditore. L' intenzione non poteva essere d' iscrivere *Pietro Bartolommeo*, poichè il titolo del creditore era in testa di *Giacomo-Francesco*, e d' altronde *Pietro-Bartolommeo* era morto prima della iscrizione. Colla decisione si disse che un errore nei nomi del creditore non vizia l' iscrizione da lui presa; quando per altra via è designato in un modo che non ammette equivoci, e che colla decisione di appello impugnata si era deciso, in fatto, che il creditore iscritto *Giacomo-Francesco Gallet*, era stato sufficientemente designato nella iscrizione. Può anche vedersi una decisione della medesima Corte, del 17 novembre 1813, rapportata da Denevers, *anno 1813*, *pag. 283*, la quale contiene una risoluzione motivata in un modo anche più preciso, ed in termini più calzanti, relativamente alla mancanza dell' indicazione della professione, e del domicilio reale, così riguardo al creditore che al debitore.

(Un creditore può prendere iscrizione pel suo debitore. Del cessionario di un credito, e del caso in cui il creditore fosse morto.)

74. Oltre quello che si è detto, da una decisione della Corte reale di Parigi, del 16 febbrajo 1809, e da quella della Corte di cassazione del 15 maggio dello stesso anno; e dalle riflessioni fatte dal signor Merlin all' occasione di quest' ultima decisione, risulta:

1.° Che ogni creditore avendo la facoltà di esercitare i dritti del suo debitore può, a suo profitto, prendere iscrizione pel debitore contro coloro de' quali quest' ultimo è creditore. È questo un punto risoluto dalla decisione del 16 febbrajo 1809. Nella specie di quella decisione si vede che la vedova Hocquart si era iscritta su i beni del signor Crussol tanto nel suo proprio nome ed in

qualità di moglie in communione di beni, *che per la successione ed i rappresentanti Hocquart, ed anche come creditrice della detta successione.*

2.° Che una iscrizione può validamente prendersi in nome del creditore defunto. La morte può avvenire tra il giorno nel quale si ordinò di prendersi la iscrizione, e quello in cui la iscrizion vien fatta. Laonde una decisione della Corte di cassazione del 15 *ventose* anno 13 (7 marzo 1805) rapportata da Denevers *lo stesso anno pag. 322*, à dichiarata la validità di una iscrizione presa in testa di uno che aveva ceduto il suo credito, ed era anche trapassato.

O' accennato il caso in cui un cessionario prende la sua iscrizione in nome del cedente. Ma supponiamo che il cessionario s'iscriva egli stesso in qualità di cessionario; può egli farlo, sebbene la cessione sia stata un iscrittura privata, ma munita di registro? A questo riguardo ò viste insorgere delle difficoltà: ma non saprei con quanto fondamento.

Onde prendersi una iscrizione, vi vuole un titolo autentico ed esecutivo. Ma l' iscrizione presa da un cessionario la cui cessione fu fatta con iscrittura privata, ma registrata, non ha per fondamento l' atto di cessione; ma il titolo originale del credito. Quello che importa si è che il creditore ed il credito sien conosciuti, salvo sempre di discutersi nel giudizio d'ordine, se vi è luogo, l'effetto e la validità della cessione. Ma simile discussione non potrebbe interessare altro che il creditore e colui che pretende di esserne il cessionario.

È vero che il signor Tarrible, *Rep. de Jurisp.* alla parola *Saisie immobiliere*, §. 5, *n.*° 2, è di parere che la cessione di un credito debba farsi con atto autentico ed esecutivo, e che debba es-

ser seguita dalla notificazione della stessa cessione al debitore, o dall'accettazione della cessione medesima. Ma egli si spiega a questo modo nel caso in cui il cessionario del credito voglia procedere alla spropriazione a danno del debitore. Ciò non è senza difficoltà, anche in questo caso Del resto è inutile che ciò venga qui da me esaminato. Io però non posso mai indurmi a credere che per la iscrizione sia necessaria l'autenticità della cessione: essa non è appoggiata ad alcuna disposizione legislativa. È anche vero che l'art. 1690 * 1536 del Codice civile dichiara che il cessionario può essere investito dello stesso dritto, quando *il debitore abbia accettata la cessione con un atto autentico*. Ma questo è un caso molto diverso da quello di cui si tratta. Quest'accettazione supplisce alla mancanza di denunzia della cessione al debitore. Essa non è necessaria relativamente al cedente: essa lo è rispetto al debitore per prevenire il pagamento che, nell'ignoranza della cessione potrebbe esser fatto al cedente, ed agli altri creditori del cedente che potrebbero farne sequestro nelle mani del debitore: ma, tranne questi casi, la denunzia della cessione, o l'accettazione di questa per parte del debitore, non è punto necessaria. Il cedente non può mai impugnare la sua propria cessione: non vi è dunque parità fra un caso e l'altro. È anche manifesto che sarebbe pericoloso il sospendere la iscrizione, ch'è un atto conservatorio, fino alla denunzia della cessione, o fino all'accettazione di essa.

Del rimanente siccome è sempre util cosa di prevenire le difficoltà, così è prudenza che la cessione venga fatta con atto avanti notajo.

(Iscrizione presa per una casa di commercio ch' esiste sotto una ragion sociale, e per un pubblico stabilimento.)

75. Quando trattasi di un credito appartenente ad una casa di commercio ch' esiste sotto una ragion sociale, non è necessario che la iscrizione ne contenga i nomi. Una decisione della Corte di Brusselles, del 1.° marzo 1810, riferito da Sirey *anno 1810, pag. 180*, dichiarò valida un' ipoteca presa senza nome dalla casa di commercio Palmaëret ed Opdemberg, la quale non aveva altro nome, considerata moralmente come ragion sociale. Questa decisione è tanto giusta in se, che basta di riferirla senz' aggiungervi altra riflessione. Non saprebbe ravvisarsi alcuna differenza fra il caso di cui si tratta, e quello di una iscrizione presa a richiesta de' capi, o amministratori di uno stabilimento pubblico; e, per quest' ultimo caso, può consultarsi una decisione della Corte reale di Colmar, del 25 aprile 1817, Denevers, *anno 1818, pag. 24, supp.* Questa Corte à giudicato con ragione che una iscrizione presa in nome di un'amministrazione ecclesiastica dal di lei ricevitore senza indicare il nome e cognome di questo, non era nulla, e ch' egli può eleggere il domicilio nella sua propria casa per parte dell' amministrazione. Le stesse decisioni possono aver luogo per ogni sorta di pubblico stabilimento. Osserverò nondimeno ch' è più a proposito che la iscrizione sia presa in nome de' Capi dello stabilimento.

(Caso in cui due persone hanno particolarmente un diverso dritto sullo stesso fondo.)

76. Convien riflettere che se due persone hanno sullo stesso fondo un dritto differente, se l' una p. e. ne ha l' usufrutto ovvero un godimento tem-

poraneo, e l'altra la proprietà, è d'uopo che ciascuna di esse s'iscriva per conservare ciò che ad ognuna particolarmente si appartiene. La iscrizione presa solamente per ciò che riguarda un solo creditore iscritto sarebbe inefficace a conservare quello che appartiene ad un'altra persona sullo stesso fondo. La controversia può elevarsi in diversi modi. Si presenterebbe p. e nel caso in cui sia un credito ordinario, sia una rendita fondiaria o costituita appartenesse a molte persone: vi vorrebbero tante iscrizioni nominative quanti sarebbero i creditori, eccettocchè, per la natura stessa delle cose, vi fosse per questi creditori, che sarebbero secondo la frase del dritto tanti *correi credendi*, una solidalità tale che potesse dirsi che la iscrizione presa da uno di essi per la totalità bastasse alla conservazione dei dritti di tutti. E si presenterebbe ancora nel caso in cui si trattasse di un credito l'usufrutto del quale appartenesse ad una persona, la proprietà ad un'altra. L'iscrizione presa dall'usufruttuario conserverebbe il suo dritto di usufrutto, ma non varrebbe a conservar quello della proprietà.

Si potrebbe invocare in appoggio della mia opinione, un arresto della Corte di cassazione, del 14 *frimaire* anno 14 (5 dicembre 1806). La signora Lemaigre, nata Fillemain, si era iscritta per un dotario determinato di 1000 franchi di rendita derivanti da un valor capitale di 20,000 fr. Giusta i di lei capitoli matrimoniali, tale usufrutto era de'figli nascituri. Si fece quistione per conoscersi se questa iscrizione doveva, o no, conservare a pro dei figli il capitale dell' usufrutto, per la conservazione del quale vi voleva la iscrizione secondo i principj stabiliti dalla legge di *brumaire*, (novembre) ovvero se essa conservava soltanto il godimento dell' usufrutto, durante la vita della signora Lemaigre, in caso di sua so-

pravvivenza al marito. Si sosteneva che a tenore dell' art. 17 della legge di *brumaire* (novembre), il fondo dato in usufrutto non altrimenti potea conservarsi ai figli che prendendo iscrizione in nome loro: così fu giudicato. Questo arresto è conforme ai principj. Una iscrizione non conserva se non quel dritto che n' è l'oggetto. Ogni altro credito non potrebbe esserlo se non da una iscrizione che la riguarda direttamente, ch' è presa in nome del creditore, o che, in certi casi, come quelli di cui ho fatto parola, è presa per lui, in nome suo.

(Conoscenza del credito.)

77. Vengo alla conoscenza che deve darsi del credito per mezzo della iscrizione. Nell' art. 2148 ✳ 2042 del Codice civile, si dice che la iscrizione deve contenere la data e la natura del titolo, la somma del capitale dei crediti espressi nel titolo, o valutati dallo inscrivente quanto alle rendite e prestazioni, o ai dritti eventuali condizionali, o indeterminati, nel caso in cui tal valutazione sia prescritta; come pure la somma degli accessorj di questi capitali, e l' epoca in cui sono esigibili.

Ma un creditore iscritto perderebbe il suo credito sol perchè di queste indicazioni, iscrivendosi, se ne fosse omessa o sbagliata qualcuna, senza che però essa in sostanza produca veruna conseguenza? Tre decisioni della Corte di cassazione del 22 aprile 1807, del 7 settembre dell' anno medesimo, da me già citata in occasione di un' altra controversia ch' essa decide, ambe riferite da Denevers *anno 1807, pag. 234 e 516 supp.;* e la terza del 5 settembre 1808, riportata dallo stesso autore *anno 1808 pag. 475*, son sembrati di un eccessiva severità sulla esecuzion della legge per questa parte.

La prima dichiarò nulla una iscrizione, perchè non faceva parola della data del titolo, nè dell'epoca in cui il credito si era stabilito. Nondimeno la iscrizione conteneva una menzione, da cui, implicitamente almeno, si aveva una sufficiente conoscenza della data e dell'epoca. La seconda annullò una iscrizione perchè fatta in virtù di una sentenza del tribunale di Parigi, del 13 *settembre* 1777, mentre sotto questa data non trovavasi alcuna sentenza emessa a favor degli eredi Guillauden, inscriventi, essendo quella che costituiva il loro titolo del 13 *novembre* e non già del 13 *settembre*; dal che si deduceva che nella iscrizione mancava *la data del titolo* in forza del quale si era presa la iscrizione. Vi erano altre nullità opposte: ma questa fu accolta colle altre. La terza dichiarò pure nulla una iscrizione perchè erasi omessa la menzione del capitale del credito e de' suoi accessorj. Nondimeno il signor Hertzoq si era reso il fidejussore del signor Darecourt, aggiudicatario di un taglio di bosco in una foresta demaniale sotto diversi pesi e condizioni, e pel prezzo di 38,400 franchi. La iscrizione era la prima per data, e concepita in questi termini: « Per sicurezza o garentìa della fidejussione sottoscritta dal detto Hertzoq, in favor del debitore, a vantaggio del governo, risultante da un atto avanti Mignard ed il suo collega, notaj a Parigi, il 13 *ventose* anno 10 (5 marzo 1802), sopra una casa a Soissons, ec..... » La Corte di cassazione fu persuasa che l'art. 17 della legge di *brumaire* (novembre) *prescrive l'espressa menzione del capitale e suoi accessorj*. Non è certo, se nella stessa specie, oggi giudicherebbesi nel modo stesso, mentre in quelle decisioni s'invocano i principj di nullità *sostanziali* e nullità *assolute* su i quali oggi si sono formate diverse idee.

Potrebbe anche dirsi con fondamento, che non convien mettere molta importanza ad un errore materiale nascente dall' aver dato ad un titolo la data del 13 *settembre* anzicchè quella del 13 *ottobre*, o del 13 *novembre* o *dicembre*, specialmente se l' anno è sempre lo stesso. Se un creditore inscrivente non avesse potuto avere, nel momento della iscrizione, il titolo costitutivo dell' ipoteca ed avesse presa iscrizione, colla data di questa ipoteca, ma in forza di un titolo posteriore che per altro indica il titolo originario e la sua data, questa iscrizione dovrebbe conservar l'ipoteca. Una decisione della Corte di cassazione, del 4 aprile 1810, riferita da Denevers, *lo stesso anno pag. 159*, dichiarò nulla una iscrizione presa dal cessionario di un credito, perchè presa in forza dell' atto di cessione, quantunque in esso si contenesse la menzione del titolo originario e della sua data. Ma questa decisione si risente dell' antica severità. Quindi, la stessa Corte, il dì 7 ottobre 1812, giudicò essere sufficiente che un cessionario, nella iscrizione, facesse menzione della sua qualità di cessionario e della data del titolo primitivo: e, gli 11 agosto 1819, (1) essa à deciso che il cessionario il quale rinnova la iscrizione presa dal cedente, non è obbligato di enunziare nella sua iscrizione l' atto in vigor del quale è divenuto cessionario: essa à pur giudicato che una iscrizione è validamente rinnovata dal cessionario, quantunque l' atto di cessione fosse una scrittura privata, nè fosse stata denunziata al debitore.

Il signor Tarrible nel suo articolo *Inscription*

---

(1) Per queste due decisioni veggasi Denevers anno 1813, pag. 121, ed anno 1819 pag. 491.

hypothécaire §. 5 *n.° 10*, inserito nel *Répert. de jurisp.*, si è spiegato in termini che meritano di esser quì riferiti. « L'art. 2148 ✳ 2042 del Codice civile esige di più (della legge di *brumaire* anno 7) (novembre 1799) la dichiarazione della natura del titolo; e questa dichiarazione servirà per conoscere la natura del dritto appartenente al creditore inscrivente, il che molto importa. Laonde, quando si saprà che il credito iscritto deriva da un contratto di compra-vendita, o da una divisione di eredità, si giudicherà che la iscrizione ha per oggetto di conservare il privilegio del venditore pel prezzo del fondo venduto, o quello del coerede per la sicurezza di ciò che gli spetta; quando si saprà che il credito nasce da una sentenza, si conoscerà che l'ipoteca che lo accompagna abbraccia la generalità dei beni presenti e futuri del debitore; finalmente quando si vedrà che il creditore inscrivente fonda il suo dritto ipotecario su di una obbligazione fatta con iscrittura privata, non verificata, o su di un processo verbale di conciliazione, si sarà anticipatamente convinto che questo dritto non è che una vera illusione, ed allora si perfezioneranno con piena fiducia le trattative intavolate col debitore. Questo è lo scopo di una positiva utilità propostosi dalla legge, prescrivendo ai creditori la indicazione della data e della natura del titolo. La omissione di queste due formalità, o di una di esse soltanto, spargerebbe sulla dichiarazione una oscurità interamente opposta allo spirito della legge. La omissione della data del titolo lascia nell'incertezza riguardo all'epoca più o meno remota cui esso risale. La omissione della natura del titolo rende vaga ed indeterminata la causa del credito e l'idea che può formarsene... Per queste ragioni, noi pensiamo che queste due condizioni sono essenziali, e deb-

bono *rigorosamente* adempirsi perchè operino la validità della iscrizione. »

Ecco degli eccellenti principj sviluppati da un magistrato versatissimo in questa teoria. In tutto quello che dice il sig. Tarrible vi è un' esatta esposizione delle disposizioni della legge e dei suoi motivi. È per questo ch' io ò creduto dover trascrivere la sua opinione. Ma vi si vede però il desiderio di una perfezione scoraggiante, per la difficoltà di pervenirvi, almeno in tutte le circostanze. Se nella pratica siffatto rigorismo non è stato sofferto; se ne son derivate moltissime decadenze da ipoteche, è stato in fine necessario di escogitar dei mezzi per soccorrere i creditori, in modo però da non nuocere all' interesse dei terzi, e non violar la legge. Ora, ecco quel che si è fatto ricorrendo agli *equipollenti*. Quindi, raddolcendo quel che à detto il sig. Tarrible, col mezzo della *equipollenza*, la sua opinione rimane intera. Questo è stato il cammino tenuto dalla Corte di cassazione; la sua saviezza e la sua esperienza l' hanno indotta a modificare in qualche parte la severità dei principj, di cui essa si era mostrata gelosa, per effetto di una grande purezza d' intenzione, credendo di poter fare eseguir la legge con una esattezza tale che non lasciasse nulla da desiderare.

Laonde la giurisprudenza dell' equipollenza per le formalità di cui trattasi, non che per le altre di cui ò di già parlato, è stabilita da una folla di decisioni. Io evito di rendermi pesante con un'arida nomenclatura di decisioni ch' io debbo attingere dalle stesse raccolte. Per questa parte io mi limiterò a rinviare alle decisioni della Corte di cassazione del 17 agosto e 17 novembre 1813, alla discussione che preparò la decisione del 3 gennajo 1814, alle altre decisioni del 9 novembre 1815, 11 marzo

1816, e 3 febbrajo 1819 (1). Io osserverò che la decisione del 17 novembre 1813 à giudicato che la omissione del nome del notajo che à stipulato l' atto costitutivo del credito non annulla la iscrizione; e che dee dirsi la stessa cosa della data alternativa, aggiunta dal conservatore delle ipoteche a quella della iscrizione, dicendo, per esempio che la iscrizione risulta da un atto del *4 dicembre 1770 ovvero 1778*.

(Dev' essere annullata la iscrizione la quale enunziando il credito contenesse errori pregiudizievoli ai terzi.)

78. Nondimeno se bisogna allontanarsi da un'eccessiva severità la quale produrrebbe ingiustizie senza oggetto, bisogna del pari evitare un rilasciamento di principj dal quale risulterebbe che la inosservanza delle regole nocerebbe ai terzi che sono in buona fede. Quindi se gli errori commessi nel pren–

(1) Veg. Denevers, anno 1814, pag. 109 e 617; anno 1813, pag. 283; anno 1815, pag. 592; anno 1816, pag 320, anno 1819, pag. 189.

Avrei potuto prodigiosamente estendermi se avessi riportate alla lettera le specie, i motivi, le risoluzioni delle citate decisioni. O' creduto poterne fare ammeno in un opera di questa natura. Esporre i principj, dare idee proprie per far valutare le decisioni relative alle quistioni delle quali si tratta, e che si sono spesso elevate, sotto differenti rapporti, ecco a che ò creduto dovermi limitare.

Del resto indipendentemente dai fonti da me citati si possono vedere molte di queste decisioni in diverse parti della terza edizione delle *Questions de droit* del sig. Merlin che è venuto in luce quando la mia opera era terminata, e specialmente alla parola *Inscription hypothécaire*. Vi si troveran per intero §. 11, n. 2 e 3 le due decisioni del 7 ottombre 1812, ed 11 agosto 1819, con tutte le particolarità che le riguardano.

dersi una iscrizione fossero di tal fatta che un aquirente od un creditore avessero ignorato quel che avrebbero dovuto sapere, e che tale ignoranza gli avesse fatti cadere in qualche laccio, è fuor di dubbio allora che la iscrizione dovrebbe essere annullata. La violazione della legge non può avere un effetto irreparabile in danno di quei terzi per l'interesse dei quali le forme sono stabilite. Essa lo dovrebbe avere nel solo caso in cui l'errore non menerebbe a conseguenze, ovvero nel caso in cui non impedirebbe che i terzi sapessero quel che convien che sappiano, e su cui potrebbero non fermarvisi.

Paragonando adunque la giurisprudenza attuale colla giurisprudenza precedente relativa alle forme convien decidersi solo contra quell' osservanza puramente letterale e giudaica della legge, contra quella severità senza oggetto che produrrebbe, infruttuosamente, una decadenza d' ipoteca la quale è una proprietà la cui conservazione è stato l'oggetto della legge. Bisogna quindi osservare il più esattamente che si può le formalità prescritte dalla legge; fare in modo che la iscrizione non lasci desiderare veruno indizio importante, relativamente al partito che i terzi possono prendere per la sicurezza di un' obbligazione ch' essi accettano da un debitore. La data del titolo, l'enunziazione del luogo ove può rinvenirsi, e la natura del credito, possono sovente influire sulla condotta e le misure che i terzi debbon tenere o prendere onde vigilare alla conservazione dei loro dritti. Ben si vede sopra tutto, quanto sia importante che un creditore posteriore abbia tutti gl' indizj sufficienti per determinarsi rispetto alla facoltà ch' egli à di farsi surrogare ai dritti d' un creditore anteriore. Si avrebbe specialmente del cordoglio per non aver raddoppiate le sollecitudini pel compimento delle forme e per la menzione della

vere date, se dalla iscrizione potesse cavarsi la conseguenza che l'ipoteca non dev' esistere; il che accaderebbe per esempio, se nel caso di un' ipoteca generale costituita sotto l'antica legislazione, e per la quale si prenderebbe iscrizione, si desse al titolo costitutivo del credito una data posteriore alla leggè di *brumaire* (novembre,) ed alla promulgazione del Codice civile in guisa da far credere che non vi sia ipoteca, ovvero, che torna allo stesso, che non vi sia ipoteca validamente costituita non essendovi specialità. È chiaro ch' è impossibile di prevedere tutte le circostanze le quali meritar possano maggiore o minore indulgenza sulle sviste od errori commessi nel prendere iscrizioni; ed allora il partito più sicuro è quello di sforzarsi di evitare le difficoltà per mezzo dell' attenzione e della diligenza. Ciò è indispensabile, poichè se l' effetto dell' errore fosse tale che, in seguito della iscrizione l' ammontar del credito sembrasse inferiore a quello ch' è realmente, essa, per riguardo ai terzi non avrebbe effetto se non per la somma che è determinata.

(Menzione della esigibilità.)

79. Vengo alla menzione da farsi nella iscrizione dell' epoca della esigibilità. Questa menzione era stata già prescritta coll'art. 2148, n. 4 * 2042, n. 4 del Codice civile, e lo è stato anche più particolarmente dalla legge del 4 settembre 1807. Si conosce quel che è stato causa di questa legge. Siffatta formalità era stata frequentemente trascurata fino a quest' epoca. Si era spaventato delle infinite decadenze d' ipoteche che n' eran già derivate e di quelle che potean derivarne per l' avvenire. Onde ovviare questo disordine si credette espediente di permettere la rettifica delle iscrizioni già prese, con

una formalità la quale equivaleva alla menzione dell' epoca della esigibilità. Me si lasciò sussistere per l' avvenire la necessità di questa menzione come tutte le altre formalità prescritte dalla legge, ed il male già fatto rimase sussistente per le iscrizioni annullate in vigor di sentenze passate in giudicato. Quest' ultima disposizione della legge era figlia di quel gran principio che le leggi non possono avere effetto retroattivo, e che non si possono annullare dritti acquisiti in forza di sentenza di tribunali; quando non sono più capaci di appello o di ricorso per annullamento.

Si conosce chiaro che la scure non fu messa alla radice. Se non si fossero adottate le prime idee di severità, da cui fortunatamente si è poi rivenuto: se avesse potuto determinarsi il genere di nullità che colpiva le omessioni e gl'irregolari adempimenti delle formalità; finalmente se si fosse stato al caso di poter rivedere la legislazione ipotecaria in quelle parti ove vi erano delle imperfezioni, si sarebbe da prima esaminato se convenisse lasciar sussistere la necessità della menzione della esigibilità. Prima della legge del 4 settembre 1807 eransi fatte molte osservazioni, tendenti a stabilire la inutilità della menzione della esigibilità: ma io son sorpreso di non aver veduto opporre l'assoluta indifferenza di siffatta menzione, per la ragione che essa riguarda principalmente l'acquirente, e poichè, giusta l'art. 2184 ✱ 2083 del Codice civile, questo acquirente, che fa trascrivere, e che vuol purgare il fondo dalle ipoteche, è obbligato di soddisfare i debiti e pesi ipotecarj, fino alla concorrenza del prezzo, *senza distinzione di debiti esigibili od inesigibili.* L' art. 15 della legge di *brumaire* (novembre) conteneva una disposizione contraria : essa prescrivea che l' acquirente potesse profittare di quei medesimi termini dei quali godeva il debitore; ed allora non fa me-

raviglia il veder prescritta da questa stessa legge la menzione della esigibilità.

Ciò nulla ostante, poichè la legge del 4 settembre 1807 imperativamente esige siffatta menzione, è mestieri di conformarvisi. La dottrina però delle nullità *sostanziali* o *assolute* non avendo potuto sostenersi, i casi ne' quali la iscrizione potrebbe, o non potrebbe esser nulla, sono all' arbitrio della saviezza dei tribunali. Laonde una decisione della Corte di cassazione, del 3 gennajo 1814, riportata da Denevers, *anno 1814, pag. 109* à giudicato esser valida una iscrizione, sebbene vi si fosse detto, per errore, che un credito era esigibile dopo due anni, mentre realmente lo era dopo *cinque*. L'errore non menava a conseguenza relativamente all'interesse del creditore posteriore in ipoteca, per circostanze enunziate nella discussione della decisione. Il motivo di tale decisione si fu che l'errore commesso nel far nota l' epoca della esigibilità, *non avea potuto nuocere* al creditore che chiese la nullità della iscrizione; e che lo stesso creditore non aveva nemmeno allegato *che siffatto errore gli aveva arrecato un qualche pregiudizio.* La discussione che precedette la decisione, ne cita delle altre e fa conoscere i progressi della giurisprudenza, che abbandonando il primo rigore, andava adottando idee più sane e più docili.

(Caso in cui la natura del titolo dà sufficienti idee della esigibilità).

80. Che se la natura del titolo in forza del quale si prende la iscrizione è tale che dia sufficienti idee della esigibilità, allora non vi sarebbe ragione di querelarsi di non essersene fatta menzione. Ecco, per esempio, quello che dev' essere osservato quando la iscrizione è presa in forza di un contratto di

rendita costituita. Il solo titolo dimostra che il credito non è esigibile, o che lo diverrebbe accidentalmente in un' epoca indeterminata, ove si verificassero i casi enunziati dall' art. 1912 ✳ 1784 del Codice civile. Simile affatto è stata la decisione di S. Ecc. il gran giudice ministro della giustizia, in una istruzione del 21 giugno 1808. Sarebbe lo stesso il caso di una iscrizione presa per un vitalizio senz' altra aggiunzione.

(Caso di un credito dovuto in vigor di sentenza).

81. Ma in tutti gli altri casi la menzione dell'epoca della esigibilità dev' esser contenuta nella iscrizione, sia qualunque la natura del titolo; essa lo deve essere, sebbene l'iscrizione si prendesse in vigor di una sentenza. La ragione si è che la sola indicazione di esser dovuto il credito in forza di sentenza, non importa che sia dovuto incontanente, potendo una sentenza condannare per un pagamento a termine. A questo riguardo può consultarsi la istruzione ministeriale da me pocanzi citata, come pure una decisione resa dalla Corte di appello di Liegi, il 24 agosto 1809, rapportata da Denevers, *pag. 100, al supp.*

Il sistema degli equipollenti si è sostenuto nella giurisprudenza tanto per questa parte delle formalità, quanto per le altre. Mi dispenserò dall' entrare in minute e fastidiose particolarità relative alle diverse specie nelle quali le decisioni che riguardano questa materia sono state rese. Mi contenterò d' indicarle come ò fatto in simili altri incontri. Rinvio adunque alle decisioni rese dalla Corte di cassazione, o da diverse Corti reali il 23 dicembre 1810, 2, 9 aprile e 9 luglio 1811, 30 maggio e 23 luglio 1812, e 3 gennajo 1814. (1)

(1) Si posson vedere queste decisioni presso Denevers,

(Caso in cui la iscrizione annunzia soltanto che il credito è esigibile.)

82. Devo far conoscere che alcune di queste decisioni hanno giudicato, contra ciò che per lo innanzi era stato deciso da altre, che la iscrizione è valida ov' essa enunzii che il credito è esigibile, malgrado che non indichi l' epoca della esigibilità, purchè il credito sia realmente esigibile al tempo della iscrizione. Non sa vedersi come mai si è potuto elevare qualche difficoltà a questo riguardo. Dicendo che un credito è esigibile è dire che non vi è termine. *In omnibus obbligationibus in quibus dies non apponitur, presenti die debetur*, dicea la legge 14 *ff. de reg. jur.*

Ma io non propendo per una indulgenza che si cangerebbe in non curanza per la osservanza delle regole. Non può bastevolmente consigliarsi l' osservanza lettterale della legge; e se non si può adempire *letteralmente* per qualche circostanza sopraggiunta nel momento di prendere la iscrizione, fa d'uopo almeno di adempirla *virtualmente*, in guisa che i terzi conoscano quel che debbono conoscere; e quel che io dico trattando della menzione della esigibilità si applica del pari a tutte le altre formalità. Io l' ho già fatto conoscere.

(Pubblicità delle ipoteche diverse dall' ipoteca speciale. Ipoteca giudiziaria.)

83. In tutto quello ch'io ho detto, sia sulle forme della specialità, sia su quelle della iscrizione, ho avuto principalmente in vista l'ipoteca speciale.

---

anno 1811, pag. 47, sup. pag. 193, 206, e 328: anno 1812 pag. 604, ed anno 1813 pag. 75, sup. Si possono anche verificar presso Sirey, che redige con molta diligenza, e che sovente contiene utili osservazioni.

Ma questa non è già la sola che dev' esser pubblica: tutte le altre ipoteche debbono esserlo egualmente; ovvero se alcune possono esserne dispensate appena che nascono, conservando il loro grado dal giorno della loro esistenza, pure esse accidentalmente van soggette alla pubblicità; dimodocchè vi è stato bisogno di stabilir delle regole particolari per la iscrizione di queste ipoteche.

E da prima, per quel che riguarda l' ipoteca giudiziaria, che di sua natura è generale, essa dev' esser pubblica come l' ipoteca speciale. Ciò risulta non solo dalla combinazione degli art. 2134, e 2135 ✳ 2020 e 2021, ma benanche dall' art. 2148 ✳ 2042 del Codice civile, col quale si prescrive che debba presentarsi l' originale, o una copia autentica della sentenza o dell' atto ec. Quindi tutto quello ch' è prescritto da questo art. 2148 ✳ 2042 è comune all' ipoteca giudiziaria ed alla speciale, salvo una sola differenza che trovasi nel num. 5 di questo articolo. Siffatta differenza, che à luogo egualmente per le ipoteche legali, poichè di loro natura sono anche generali, consiste nel non esservi bisogno della indicazione della *specie*, e della *situazione* dei loro beni sui quali vuol conservarsi il privilegio o l' ipoteca speciale. Per queste ipoteche, non essendovi convenzione, *una sola iscrizione colpisce tutti gl' immobili situati nella provincia dell' ufficio della conservazione d' ipoteche*. La ragione della eccezione è evidente: ripugna alla natura dell' ipoteca generale di esser sottoposta a quella particolare indicazione che trovasi prescritta per l' ipoteca speciale È facile il ravvisarsi il senso in cui la legge dice, *non essendovi convenzione*; con ciò essa à voluto esprimere che se l' ipoteca giudiziaria, generale da prima, fosse stata poi modificata da una convenzione che l'avesse determinata sopra particolari immobili, allora

essa non prenderebbe il carattere d'ipoteca speciale relativamente a quest'immobile: ed, in quanto alla iscrizione, rientrerebbe nelle regole prescritte per le ipoteche speciali. Trattando dell' *ipoteca giudiziaria* mi spiegherò più particolarmente sulla possibilità di gravar d'ipoteca tutt'i beni presenti e futuri del debitore, e ciò con una sola iscrizione.

(Iscrizione dell'ipoteche legali. Spiegazione dell'art. 2153 ✻ 2047).

84. Riguardo alle ipoteche legali, indipendentemente dalla eccezione di cui ò fatto parola, relativamente al modo d'indicare i beni che si voglion gravar d'ipoteca, e ch'è comune all'ipoteca giudiziaria, vi sono altre regole importanti che si ricavano dall'art. 2153 ✻ 2047 del Codice civile. È necessario di qui riferirne le precise parole.

» I dritti d'ipoteca meramente legale dello Stato; dei comuni e dei pubblici stabilimenti, sopra i beni degli amministratori; quelli dei minori o interdetti su i beni dei tutori; delle mogli su i beni de' mariti; saranno iscritti colla presentazione di due note contenenti solamente,

« 1.° il nome, cognome, professione, domicilio reale del creditore, ed il domicilio che da lui o per lui verrà eletto nel circondario;

« 2.° il nome, cognome, professione, domicilio e precisa indicazione del debitore;

« 3.° la natura dei dritti da conservarsi e la somma del loro valore quanto agli oggetti determinati, senza l'obbligo di fissarlo per quei dritti che sono condizionali, eventuali o indeterminati. »

Perchè ben s'intenda questo art. 2153 ✻ 2047, ch'è importantissimo, e perchè si formino idee precise sulla differenza della sua redazione paragonata alla redazione dell'art. 2148 ✻ 2142, è indispensabile ch'io faccia preliminarmente alcune os-

servazioni generali sulle ipoteche legali, sulle quali dovrò in seguito estendermi.

Vi sono delle ipoteche legali a favor delle donne maritate su i beni dei loro mariti; dei minori ed interdetti su i beni dei loro tutori, ed a favore dello Stato, delle comuni e de' pubblici stabilimenti su i beni degli amministratori. In quanto a queste ultime, esse non hanno effetto che dal dì della iscrizione. Ciò risultava dalla combinazione di alcuni articoli del Codice civile, e si veggono espressamente nella legge del 5 settembre 1807, relativa ai dritti del tesoro pubblico su i beni dei contabili, *art. 6.* Bisogna dunque che sieno iscritte per prendere il loro grado, ed hanno la prerogativa della generalità.

Ma le ipoteche delle mogli su i beni de' loro mariti, almeno pei loro dritti dotali, e competenze matrimoniali, e quelle dei minori e degli interdetti su i beni dei loro tutori, sono molto più favorite. Esse effettivamente esistono dacchè nascono, senza il soccorso della iscrizione, e vincono in conseguenza tutte quelle che nascono dopo di esse. Nondimeno, ad onta di questo favore, è indispensabile che presto o tardi si conoscano per mezzo della iscrizione. E da prima, la moglie, i di lei parenti, il procurator regio, o di uffizio o quando gli si fan sapere le alienazioni dei beni del marito allorchè trattasi di purgarli dall'ipoteche, possono in ogni tempo prendere iscrizione per la moglie, e la iscrizione è finalmente necessaria anche dopo la stessa intimazione quando la moglie vuol concorrere nel giudizio d'ordine. Si posson prendere pure le iscrizioni nell'interesse dei minori da molte persone incaricate dalle leggi a ciò fare, e l'iscrizione è necessaria pel giudizio d'ordine, quando gli acquirenti adempiono le formalità richieste per venire alla purgazione delle ipoteche, (art. 2136, 2137, 2138, 2139,

2193, 2194, 2195, ✳ 2022, 2024, 2025, 2026, 2093, 2094, e 2096, del Codice civile).

Dopo tutte queste spiegazioni passo ad un breve esame dell' art. 2153 ✳ 2047; esso parla primieramente dei dritti d' ipoteca meramente legale. Per quali ragioni si usano queste espressioni? Perchè un' ipoteca che al principio per sua natura sarebbe stata legale, e per conseguenza generale, à potuto in seguito essere ristretta su certi particolari fondi. Se ne veggono degli esempj per ciò che riguarda le ipoteche delle mogli e de' minori, negli art. 2140, 2141, 2142, 2143, 2144 e 2145 ✳ 2034, 2035, 2036, 2037, 2038 e 2039 del Codice civile. E, fatta una tale riduzione, l' ipoteca si regola coi principj relativi all' ipoteca speciale, ed è allora il caso d' indicare i fondi particolarmente affetti, giusta il num, 5 dell' art. 2148 ✳ 2042. È questo anche il risultamento del'art. 2142 ✳ 2036.

In seguito questo art. 2153 ✳ 2047 non prescrive di presentarsi, per la iscrizione, come vuol l' art. 2148 ✳ 2042, l' originale o la copia autentica dell' atto, o sentenza che fa nascere l' ipoteca, o il privilegio. Esso prescrive che si *presentino due note* contenenti soltanto i nomi cognomi ec..., la natura dei dritti da conservarsi, ed il loro ammontare per gli oggetti determinati senza esser tenuto di fissarli, ove sieno condizionali, eventuali o indeterminati.

La presentazione dell'originale, o della copia autentica del titolo, non può essere prescritta, poichè è della natura delle ipoteche legali di esistere, in virtù della sola legge, sulla totalità dei beni, e di non esser capaci d' una costituzione d'ipoteca speciale; tal che non converrebbe far conoscere che la natura dei dritti da conservarsi ed il loro ammontare,

Gli articoli 2132, e 2148 numero 4 ✳ 2018, e 2042 numero 4 del Codice civile, vogliono che per l' ipoteca convenzionale e per la giudiziaria si determini nella iscrizione il valor delle rendite e prestazioni, e dei dritti eventuali, condizionali, ed-indeterminati. Ma l' art. 2153 ✳ 2047 dispensa l'ipoteca legale da queste formalità, come dalla menzione della esigibilità. Basta la più tenue riflessione sulla natura di tutte le ipoteche legali enunziate nell' art. 2153 ✳ 2047, per esser convinto della difficoltà che vi sarebbe nel valutare i dritti eventuali o condizionali che sovente ne sono l' oggetto, e della impossibilità in cui si sarebbe di dar loro un' epoca di esigibilità. Molte persone, come si è visto, sono incaricate dalla legge di prendere iscrizione per le mogli, i minori, o pei tutori surrogati, indipendentemente dalla volontà di questi. Ecco perchè dovendo indicare il domicilio del creditore, in tutt'i casi, nel n.° 1.° dell'art. 2153✳2047 n.° 1.° si dice « *e il domicilio che sarà da lui* o PER LUI *eletto nel circondario.* Ora tutte queste persone potrebbero ignorare tutt'i fatti, i risultamenti dei quali, ne' casi ordinarj debbono enunziarsi nella iscrizione, come sarebbero l'origine, il valore, la natura dei crediti e l' epoca della loro esigibilità. Vi sono anche dei casi ne' quali non esiste, a parlar propriamente, un dritto di esigibilità. Spesso taluno s'iscrive per premunirsi contra le dilapidazioni o prevaricazioni possibili, e non certe. Fu per ragioni quasicchè simili che le iscrizioni per questa specie d' ipoteche furon sottomesse dall' articolo 21 della legge degli 11 *brumaire* anno 7 (2 novembre 1799), a minori formalità di quelle richieste per le iscrizioni ordinarie. Tali formalità furon coordinate coi principj di questa legge, differenti, per questa parte, da quelli del Codice civile.

In fine, oltre i casi di cui mi sono occupato, e nei quali la iscrizione delle ipotecchè legali convien ch' abbia luogo, ve ne possono essere degli altri pei quali la iscrizione sarebbe indispensabil cosa. Ciò, per esempio, può accadere se una donna maritata fosse morta, o avesse divorziato prima della pubblicazione del Codice civile, senza essersi iscritta per la sua dote e lucri dotali; o se un minore fosse divenuto maggiore prima della stessa epoca senz' aver presa iscrizione su i beni del tutore. Gli eredi dell' una e dell' altra sarebbero obbligati a prendere iscrizione per le loro ipoteche le quali avrebbero perduta la prerogativa della legalità. Sarebbe dal dì di questa iscrizione che le loro ipoteche prenderebbero i loro gradi, in guisa ch' essi sarebbero vinti da quei creditori che avessero presa iscrizione prima di loro; ed allora la iscrizione dovrebbe contenere la menzione dell'epoca della esigibilità, come le iscrizioni delle ipoteche ordinarie. Così à giudicato la Corte di cassazione, il dì 5 dicembre 1814, ed io ne ò già fatta qui conoscere la decisione. *Denevers, anno 1815, pag. 152.* Ma io non porto più oltre le mie osservazioni su questo nuovo punto di veduta. Si vede però, che lo sviluppo dei principj che dovrei fare lo riserbo per quando tratterò delle ipoteche legali.

(**Della iscrizione delle ipoteche convenzionali generali, anteriori alla legge di *brumaire* (novembre.)**)

85. Altre ipoteche pur vi sono per le quali bisogna seguire formalità particolari, concernenti l'iscrizione. Intendo parlare delle ipoteche convenzionali, anteriori alla legge di *brumaire* (novembre), ch' eran generali per la legislazione di quel tempo, meno che in quei paesi che vivevan con la costumanza detta di *nantissement* ossia d' ipoteca

sugl' immobili. Non si potevan privare della prerogativa annessa alla generalità, senza dare un effetto retroattivo alla legge di *brumaire* (novembre), e, questa generalità essendo stata conservata, le formalità della loro iscrizione non potevano essere le stesse di quelle della iscrizione per l'ipoteca speciale. Quindi esse furono particolarmente prescritte dall' art. 40 della legge di *brumaire* (novembre). Ivi si dice che il creditore non è tenuto di presentare la copia autentica del titolo del suo credito; mentre l'art. 17, pei casi delle nuove ipoteche voleva che si presentasse l'originale del titolo, o la copia legale dello stesso. Ciò era necessario per queste nuove ipoteche, poichè il titolo dovendo contenere la specialità dell' ipoteca, era in esso soltanto che potea rinvenirsi una esatta indicazione dei fondi gravati d' ipoteca. Nell' art. 40 si aggiugne, che la iscrizione sarà fatta presentandosi semplicemente le due note colle indicazioni prescritte dagli articoli 17 e 21. Finalmente l'articolo 43 contiene una derogazione all'articolo 17. Questa derogazione era una conseguenza necessaria della differenza ch'esiste fra l'ipoteca speciale e la generale. In questo articolo 43 è detto che le iscrizioni già fatte, e quelle che si faranno nel termine prescritto dall' articolo 37, per ogni credito anteriore alla pubblicazione della legge, conservano il loro grado su i beni presenti e futuri del debitore situati nella provincia dell'ufficio della conservazione d'ipoteche ove le iscrizioni si saran prese, senza che il creditore sia obbligato di indicare la natura, nè la situazione degl' immobili.

Egli era ben manifesto che tutte queste disposizioni dovevano essere osservate per tutt' i crediti antichi, anche quando, le iscrizioni per conservarli, si fossero prese sotto l' impero del Codice civile. Non di meno si è sostenuto il contrario,

sebbene due risoluzioni prese dal ministro della giustizia e da quello delle finanze, l'una del 30 marzo e l'altra del 30 aprile 1809, avessero proclamata la massima che le disposizioni della legge degli 11 *brumaire* (2 novembre) riguardante i crediti antichi non erano state abrogate, nè potevano esserlo dal Codice civile. Si è elevata questa pretenzione, anche pel caso in cui le iscrizioni, a causa di questi crediti fossero state prese sotto l'impero del Codice civile prima di spirare i dieci anni a contar dalla loro data, poichè, dicesi, la forma di ogni atto va regolata dalla disposizion della legge sotto l'impero della quale è fatto: e, nel caso in cui le iscrizioni si fosser prese dopo il corso de' dieci anni, si è creduto poter meglio appoggiare questa opinione e sostenere più particolarmente la nullità delle iscrizioni, dicendo, che, spirato questo termine, il creditore era decaduto da qualunque vantaggio che dar gli potea la legge degli 11 *brumaire*, (2 novembre) almeno in quanto alle formalità della iscrizione.

Ma siffatta pretenzione, veramente sorprendente, è stata proscritta da molte decisioni della Corte di cassazione. Questa à giudicato, come doveva essere, che non vi era bisogno nè di presentare il titolo originale o la sua copia autentica, nè d'indicare i fondi su cui l'iscrivente volea conservare la sua ipoteca, indicazione ch'era la conseguenza della specialità; che il Codice civile non aveva derogato, in modo alcuno, alle disposizioni della legge degli 11 *brumaire* (2 novembre) in tutto ciò che, per la natura stessa delle cose, doveva essere regolato da questa legge. Fu dunque deciso, che se la iscrizione d'un' antica ipoteca non era rinnovata dopo l'elasso dei dieci anni, giusta la combinazione degli articoli 38 e 39 della legge degli 11 *brumaire* (2 novembre), da sif-

fatto ritardo risultava soltanto che l' ipoteca invece di conservare il suo grado, a contar dal titolo primitivo, non doveva contarlo che dal dì della iscrizione. Ma a contar da questa iscrizione, l'ipoteca à il suo effetto ed il suo grado non solo su i beni presenti, ma anche su i beni futuri che in seguito pervenir potrebbero al debitore. Queste decisioni sono degli 11 novembre 1812, 10 dicembre 1813, 4 luglio 1815, e 14 aprile 1817; e molto prima ancora il signor Merlin aveva stabilito questa dottrina, come può vedersi nel *Reper. de Juris.* alla parola *Enregistrement* (*droit d'*) §. *4*. Da ciò si ravvisa che la stessa cosa dee dirsi per la iscrizione delle antiche ipoteche giudiziarie, e legali ch' eran sommesse a questa formalità dalla legge *di brumaire* (novembre); non facendo, gli articoli 40 e 43 di questa legge, alcuna disposizione fra queste ipoteche e le antiche ipoteche che, sebben convenzionali, eran generali. Ma convien riflettere che io qui non intendo parlare delle ipotèche che quantunque legali eran sommesse dalla legge di *brumaire* (2 novembre) come lo sono dal Codice civile, alla iscrizione. Mentre per le ipoteche legali delle donne maritate, dei minori e degl'interdetti, che la legge di *brumaire* (novembre) assoggettava all' iscrizione, esse han ripreso il loro effetto alla promulgazione del Codice civile, nel caso che non vi fossero stato iscrizioni, come lo spiegherò in seguito, trattando di queste ipoteche.

(Il vizio nel modo di costituir l' ipoteca non potrebbe esser sanato dalla iscrizione, ed al contrario. Il debitore non può mai opporre una irregolarità che deriva dal fatto suo proprio.)

86. Ma ritornando alle forme costitutive della specialità dell' ipoteca, ed a quelle della iscrizione tendente a far conoscere i fondi su i quali gra-

vita, bisogna sapere che se le indicazioni da farsi de' fondi ipotecati si trovassero irregolari nell'atto costitutivo d'ipoteca, non potrebbe supplirvisi colla iscrizione, come appunto l'irregolarità della iscrizione per queste indicazioni non potrebbe esser coverta dalla regolarità dell' atto costitutivo d'ipoteca. È questo un punto deciso da un arresto della Corte di cassazione, del 20 febbrajo 1810, da me già citato. Tale arresto decise così perchè il sistema generale dell'ipoteca poggia su di una doppia base, cioè sulla *specialità* e sulla *pubblicità*, e fa concorrere simultaneamente l'una e l'altra, in guisa che la *specialità* è insufficiente se non è accompagnata dalla *pubblicità*, e la *pubblicità* è di niun effetto, e deve aversi come non avvenuta se non è appoggiata sulla *specialità*. Io non ò creduto dover adottare i principj di siffatto arresto, rapporto alle formalità scrupolose della *specialità* le quali mi son sembrate così severe, che mi è parso impossibile di sostenerle collo spirito della legge: ma quei principj, devono essere adottati per ciò che riguarda la concordanza della specialità colla iscrizione.

Del resto facilmente si scorge che il debitore non può giovarsi di una irregolarità qualunque, nascente da sua colpa.

(Il creditore iscrivente non è tenuto a far conoscere l'attual possessore del fondo ipotecato.)

87. Da quanto si è detto deriva che l'iscrizione à principalmente due oggetti; l'uno è di far conoscere il fondo gravato dall'ipoteca che si vuol conservare; l'altro è di manifestare il debitore che lo à ipotecato, ed il credito in che consiste. Se questo debitore, dopo di aver data l'ipoteca, cessa di essere il proprietario del fondo, il creditore

inscrivente non è obbligato di farne conoscere l'attual possessore. Non si può imporre a questo creditore una obbligazione non prescritta dalla legge. I terzi che in seguito contraggono coi possessori del fondo ipotecato da colui che n'era il proprietario, debbono informarsi di coloro che possono aver precedentemente posseduto il fondo, e mettersi nel caso di conoscere se vi sono state, ovvero no, iscrizioni prese. Questo è quello che dice il signor Merlin nel *Répert. de jurispr.* alla parola *Hypothèque sect. 2, art. 16, n.º 2*, sostenuto da fortissime autorità. E di poi, la Corte reale di Caen, à così ragionevolmente giudicato, con decisione del 6 maggio 1812, riferita da *Denevers anno 1812, pag. 106, supp.* E questo è pure uno dei punti formalmente decisi da una decisione della Corte di cassazione, del 27 maggio 1816, rapportata anche da *Denevers, anno 1816, pag. 520.* Si osserva in questa decisione essersi giudicato che se la iscrizione fosse presa unicamente sull' attual possessore del fondo ipotecato, la iscrizione rimarrebbe senza effetto. Essa dev' esser presa necessariamente contra il debitore che à data l' ipoteca, quindi è perfettamente inutile nella iscrizione il far menzione dell' attual possessore.

(Effetto delle iscrizioni prese nello stesso giorno.)

88. Se diversi creditori di un medesimo debitore avesser prese le loro iscrizioni in uno stesso giorno, quando anche il conservatore avesse indicato che le une lo erano stato la mattina, l' altre la sera, tutti questi creditori iscritti concorrerebbero insieme per le loro ipoteche con una medesima data. Così dispone l' articolo 2147 ✻ 2041 del Codice civile. Questa disposizione è molto saggia, ed

è con ragione che à derogati gli antichi principj, secondo i quali la data dell'ipoteca dipendeva anche dal momento. L'ipoteca attualmente prendendo il grado dalla iscrizione, una preferenza secondo l'ora di tale prescrizione, avrebbe partoriti gravi disordini, poichè vi sarebbe stato luogo a temere o le sviste o le frodi.

Ma questo art. 2147 ✳ 2041 non può applicarsi che quando concorrono più iscrizioni derivanti da ipoteche della stessa natura. I privilegj e certe date ipoteche hanno il loro effetto indipendentemente dalla iscrizione, o dalla data della loro iscrizione. A questo riguardo adunque convien distinguere i privilegj dalle ipoteche.

In quanto al privilegio, questo dovrebbe sempre preferirsi all'ipoteca per la quale si fosse presa iscrizione nello stesso giorno in cui venne iscritto il privilegio. Ciò è evidentissimo quando il privilegio, soggetto alla iscrizione, fosse stato iscritto prima dello spirar del termine entro il quale l'iscrizione doveva prendersi. Sarebbe anche la stessa cosa quando il privilegio, soggetto alla iscrizione, in un dato termine, non fosse stato iscritto se non dopo lo spirar di quel termine, ma sempre nello stesso giorno nel quale si prese iscrizione per un ipoteca ordinaria. La ragione si è che l' art. 2147 ✳ 2041 suppone il caso della concorrenza fra *ipoteche* della stessa data. D'altronde si ricava un altra ragione dalla natura del privilegio. Esso deve aver sempre la preferenza sulla semplice ipoteca, quando si tratta delle sole date e quando non vi sia un'anteriorità legalmente fissata, in favor dell' ipoteca, sul privilegio che per difetto d' iscrizione nel termine voluto dalla legge sarebbe degenerato in ipoteca, giusta l'art. 2113 ✳ 1999. La causa di questa ipoteca, e sia pure una degenerazione del privilegio ch' essa innanzi godeva, è

sempre la stessa di quella del privilegio. Questo è ciò che si deduce dall'art. 2094 ✻ 1964 del Codice civile.

Riguardo alle ipoteche legali è visibile che non può insorgere alcuna difficoltà su quelle che sono esenti da iscrizione, che sono forse state iscritte per sovrabbondanza, o perchè vi sono circostanze nelle quali esse debbono essere conosciute, unicamente per raccoglierne gli effetti, come quando trattasi di procedere ad un giudizio d'ordine, o d'impedirne la purgazione. Riguardo poi alle ipoteche legali che per legge avrebbero dovuto iscriversi, sia indefinitamente, sia in un termine accordato per la iscrizione, vi è luogo a credere che un'ipoteca di simil fatta dovrebbe ottener la preferenza su di un'ipoteca ordinaria, malgrado il concorso della data della iscrizione. Ogni sorta d'ipoteca legale à sempre avuta una origine differente dalle ipoteche ordinarie, che le fa attribuire il favore della legalità, e la generalità dell'ipoteca. Questa origine rientra nella natura del privilegio che deve far accordare a queste ipoteche una preferenza sulle ordinarie, quando trattasi, come or ora ho detto, di un vantaggio relativo ad un semplice concorso di date.

Non vi può dunque esser luogo alla concorrenza sul prezzo quando le iscrizioni si trovano della stessa data, se non quando esse hanno tutte per oggetto ipoteche speciali, ovvero ipoteche speciali ed ipoteche generali che non godono il favore del privilegio o della legalità, come sarebbero le ipoteche generali antiche, e le ipoteche giudiziarie. Dall'art. 2117 ✻ 2041 si deduce che concorrendo un'ipoteca generale con un ipoteca speciale, la distribuzione del prezzo ricavato dal fondo sul quale esse gravitavano dovrebbe farsi tra i creditori iscritti in proporzione dell'ammontar de' loro crediti; am-

meno che il creditore per ipoteca generale non rinunziasse alla sua ipoteca sul fondo gravato da due iscrizioni simultanee, affin di esercitare la sua ipoteca sugli altri fondi del debitore.

(Vi è valida costituzione d'ipoteca in una delegazione non accettata?)

89. Qui si presentano due casi importanti nei quali si cerca sapere se vi sia una valida costituzione d'ipoteca, e se per effetto di tale ipoteca può prendersi iscrizione.

Primieramente, la quistione sorgerebbe, se taluno si annunziasse creditore in forza di una delegazione fattaglisi, ma che non si fosse accettata; secondariamente, non sempre si è surrogato all'ipoteca di un credito perchè se ne paga l'ammontare a colui cui esso appartiene. In questi due casi convien prendere alcune precauzioni, che molto importa di conoscere.

Vi è forse costituzione d'ipoteca in una delegazione fatta con atto autentico da un debitore a pro di un creditore, senza che questa delegazione siasi accettata? Una decisione della Corte di cassazione, del 21 febbrajo 1810, *Denevers*, *anno 1810 pag. 269*, à giudicato che un creditore munito di una delegazione fatta in favor suo con atto avanti notajo, sopra un debitore del delegante non aveva una regolar costituzione d'ipoteca, non essendovi stata accettazione di quella delegazione, e che questo creditore non aveva potuto efficacemente iscriversi; cosicchè gli altri creditori del delegante, sebbene posteriormente iscritti pure dovevano esser preferiti al creditore delegatario. I motivi della decisione sono che una delegazione imperfetta, ovvero un'indicazione di una persona per esigere una somma delegata, *non for-*

ma titolo di credito a favore di questa persona mentre non è stata ancora accettata; che la iscrizione non può supplire l'accettazione, poichè questa deve precederla, onde *formare il titolo necessario per render valida la iscrizione.* Affin di poter ben valutare la decisione, è mestieri di osservare che si trattava, in favore del creditor delegatario, d'un'ipoteca molto anteriore alla legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799), ch'era in conseguenza generale, e che non bisognava un ipoteca speciale; convien dire benanche che molto tempo dopo la delegazione ch'era stata fatta con atto pubblico del 13 febbrajo 1785, vi fu un atto del 2 dicembre 1791, ma con iscrittura privata fra il delegante ed il debitore delegato, contenente la proroga di un termine per la soddisfazione del credito; dal che si deduceva una vera accettazione della delegazione; ma questo atto del 2 dicembre 1791, era stato registrato nel 1808. Prima di siffatto registro, e propriamente il 26 *prairial* anno 7 (16 giugno 1799) il creditore delegatario aveva presa iscrizione, in forza dell'atto del 1785 su i fondi del debitore delegato. Un mezzo si ricavava dall'atto del 2 dicembre 1791, per dedursene l'accettazione della delegazione: ma la Corte lo rigettò per la ragione che atti con iscrittura privata non potevano servir di prova per l'accettazione.

Non può dissimularsi però che questa decisione incontra delle difficoltà. V'ha certamente una differenza fra la delegazione perfetta per l'accettazione del creditore delegatario, e la delegazione imperfetta, o indicazione del creditore, non accettata. Ma in che consiste siffatta differenza? Per una parte un creditor del delegante potrebbe sequestrare fra le mani del debitore di costui, in pregiudizio del creditore delegatario; per un'altra par-

te il debitore delegato potrebbe pagare al creditore che delega in pregiudizio del creditor delegatario: questo pagamento incontra anche maggiori difficoltà: vi sono molti casi in cui è impossibile: Pothier li enumera, *Traité des obligat*, *part. 3 ch. 1. n. 488 et suiv.* Ora, questa accidentale possibilità della inesecuzione della delegazione, o indicazione, non toglie che vi sia una obbligazione a vantaggio del creditore indicato; e gli altri creditori non ànno alcun dritto d'impugnarla: basta ch'essi la conoscono per mezzo della iscrizione. Quindi il decisionista fa delle riflessioni sull' anzi-cennata decisione che fan conoscere, quanto ad onta di essa, sia dilicata la quistione. Ei dice che la decisione della Corte reale di Caen avverso di cui si era ricorso, aveva *evidentemente mal giudicato*, e che non erasi annullata per la sola mancanza di una legge precisa sul punto controverso; val quanto dire, perchè niuna legge determina gli atti che possono supplire all' accettazione di una delegazione imperfetta, quando questa non è stata accettata espressamente ed autenticamente. Il decisionista soggiunge che non bisogna riguardar la decisione di rigetto, come tendente *a consegrare per massima di dritto* ciò ch' era stato deciso dalla Corte di appello.

Finalmente, una decisione della Corte di cassazione, del dì 11 agosto 1819, riferita da Denevers *lo stesso anno*, pag. 491, e ch' io mi trovo di aver già citata per altro oggetto, avendo giudicato che una iscrizione si era validamente rinnovata dal cessionario, ancorchè l' atto di cessione fosse stata una scrittura privata, *e non si fosse intimata al debitore*, ne risulta che la iscrizione presa in forza di una delegazione, comunque imperfetta, doveva esser benanche dichiarata valida. La cessione che non è stata notificata al debitore, a dir vero, non obbliga affatto. Si dee dir lo stesso di una

delegazione non accettata. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

Io ho presentata la quistione sotto l' aspetto di un' ipoteca antica e generale: ma esso può sibbene aver luogo sotto l' impero del Codice civile. Allora è fuor di dubbio che la delegazione, perfetta o no, dovrebb' essere accompagnata da ipoteca speciale che avesse per oggetto la sicurezza della soddisfazione della somma delegata, senza della quale non vi sarebbe luogo a trattar d' iscrizione. Ma stipulando questa specialità è da credersi che vi sarebbe un' obbligazione con un' ipoteca capace d' iscrizione. L' iscrizione dovrebbe prendersi, come quella del creditor che delega, su i beni dati in ipoteca speciale, sia per se, sia pel suo creditore delegatario, se la delegazione riguarda una parte del credito.

Del resto sarà consiglio di prudenza l' accettare o il far accettare la delegazione coll' atto stesso che la contiene, e se l' accettazione non è stata fatta coll' atto medesimo, essa potrebbe esserlo con un nuovo atto autentico stipulato fra il creditore che delega, il debitore delegato, ed il creditor delegatario, o con un atto autentico fatto dal solo delegatario col quale si dichiari di accettar la delegazione, il quale atto dovrà notificarsi al creditor che delega, ed al debitor delegato. L' iscrizione dovrà prendersi tanto in virtù del primo titolo quanto di quello che contiene l' accettazione.

Ma il caso di una delegazione non accettata può avvenire per un' antica ipoteca convenzionale, anteriore alla legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799); può avvenir benanche col sistema della specialità, poichè non sempre si è a portata di accettar la delegazione in un dato tempo, e talvolta si è nella necessità assoluta d' inscriversi per conservar il credito. Ho quindi creduto di dovermi oc-

cupare di questa controversia. Veggasi la nota da me fatta al num, 388 di questo trattato.

(Ciò ch'è necessario perchè vi sia surrogazione all'ipoteca quando si soddisfa il credito.)

90. Eccomi alla seconda quistione annunziata nel numero precedente. Si vuol sapere in quai casi vi è ipoteca per effetto di una surrogazione, quando si acquista un credito, soddisfacendo il creditore. Questa ricerca non è così semplice come potrebbe credersi. Nondimeno le difficoltà sono state spianate dal Codice civile. Bisogna distinguere il *trasferimento*, o *cessione* dalla surrogazione.

Il trasferimento o cessione è una vera vendita che il creditore fa del suo credito ad un terzo: è un vero cambiamento di proprietà; si fa nell'interesse del cedente, e produce garantia; si regola coi principj della vendita, e colle modificazioni che la natura, della cosa venduta paragonata cogl' immobili, à introdotte. Un simile atto trasmette di dritto al cessionario tutt' i privilegj e le ipoteche dipendenti dal credito. I principj che regolano la cessione contengonsi negli art. 1689 e seguenti * 1535 e seguenti, del Codice civile.

In ordine alla surrogazione propriamente detta, essa va soggetta ad altre regole, poichè dipende da un altra causa. Allora non trattasi dell' intenzione di vendere per parte del creditore: questa surrogazione è piuttosto l' opera del debitore che la sua. Era giusto di lasciare al debitore la facoltà di darsi un altro creditore, se vi trova il suo conto, come accadrebbe se dovesse aver che fare con un creditore aspro, e disposto a vessarlo. Dumoulin esprime questa idea colla sua solita energia nel suo trattato, *de usuris quest. 37*, ov' esamina queste cose. *Et merito est jure introductum, et moribus con-*

firmatum, quia creditoribus damnum non infert, debitoribus autem prodest, quo facilius viam inveniant dimittendi acerbiorem creditorem, vel commodius mutandi. Si conosce che il voto del debitore che bramasse di sostituire un nuovo creditore al primo, non sarebbe adempiuto se non potesse procurare al suo creditore una surrogazione piena ed intera a tutt' i dritti del primo creditore.

Laonde, se il creditore, che non può obbligarsi a surrogare un altro in suo luogo, vi aderisce, o che ciò sia unicamente per vantaggio di questo terzo, o che questo terzo miri al vantaggio del debitore, la via da tenersi è segnata dall' art. 1250 ✳ 1203 del Codice civile, ove si dice: « Quando il creditore, ricevendo il suo pagamento da una terza persona, la surroga nei suoi dritti, azioni, privilegj, o ipoteche contra il debitore, tal surrogazione debbe essere espressa, *e contemporanea al pagamento.*»

Ma ove si tratti della surrogazione che il debitore è costretto a provocare, stante il rifiuto fatto dal creditore di voler riscuotere da un terzo l'ammontar del suo credito e di surrogarlo nei suoi dritti, allora debbono seguirsi altre regole che trovansi prescritte nella seconda parte dello stesso art. 1250 ✳ 1203 nella quale si dice: « Quando il debitore prende a prestito una somma ad oggetto di pagare il suo debito, e surrogare il mutuante nei dritti del creditore; perchè sia valida tal surrogazione è d' uopo che la scrittura di prestito e la quietanza si facciano innanzi notajo; che nella prima si dichiari di essersi tolta a prestanza la somma per fare il pagamento; e che nella quietanza si dichiari di essere stato fatto il pagamento coi denari somministrati a tal effetto dal nuovo creditore. *Tal surrogazione si opera senza il concorso della volontà del creditore*: » In questi due casi, dice lo stesso articolo, la surrogazione è convenzionale.

Qual' è lo scopo di queste formalità? Fare che i creditori del debitore non sien vittime delle frodi che potrebbero commettersi dal debitore in danno di essi. Potrebb' egli pagare il credito co' suoi denari, col disegno di estinguerlo a suo vantaggio e non di meno farlo rivivere contra i suoi creditori anteriori con mezzi simulati e colludendo coi terzi. Laonde tutto ciò che per mezzo della surrogazione si produrrebbe d'ingiusto, e di gravoso contro i suoi creditori, sarebbe nullo. Molte leggi trovansi, nel Digesto e nel Codice, relative a siffatta surrogazione e sue conseguenze. Vi era difficoltà sul modo di conciliarle. Ma la cosa fu ridotta a regole più semplici e più sagge con un' ordinanza del mese di maggio 1609, e da un regolamento del parlamento di Parigi, del 6 luglio 1690; le disposizioni dell' una e dell' altro hanno servito di modello all' art. 1250 ✳ 1203 del Codice civile col quale si sono stabilite regole anche più precise. Queste regole son servite di base ad una decisione della Corte di cassazione, del 23 giugno 1812, riferita da Denevers, *lo stesso anno pag. 614*, sebbene nella specie su cui cadde si trattasse di una surrogazione anteriore alla pubblicazione del Codice, poichè i principj ben intesi dell' antiche leggi erano le stesse. Veggasi ciò che dicesi sul privilegio di coloro che prestan somme per fare acquisto, *2. part. sez. 3. §. 2.*

(**Della surrogazione legale, o dritto di offrire.**)

91. Ma vi è di più. Oltre la surrogazione convenzionale che forma l' oggetto dell' art. 1250 ✳ 1203 del Codice civile vi sono molti casi in cui era giusto che quegli che paga il credito fosse surrogato ai privilegi ed alle ipoteche del creditore, suo malgrado, e malgrado del debitore. Ciò avvie-

ne nella surrogazione legale. Il solo impiego del denaro porta seco la surrogazione. La legge prende il luogo del creditore, ed opera le cessioni per lui, senza garentia, come avrebbe operato ei medesimo; tranne la garentia di dritto che riguarda l'esistenza del credito. I casi ne' quali questa surrogazione à luogo sono espressi nei quattro numeri dell'art. 1251 ✳ 1204 del Codice civile. Per esser breve mi contento di rinviare a quell'articolo. Credo però utile di far due osservazioni.

La prima riguarda il num. 1.° di quell' articolo. Ivi è detto che la surrogazione à luogo *ipso jure* a benefizio di colui che essendo egli stesso creditore paghi ad un altro creditore che abbia dritto di essergli preferito per cagion di privilegi e d' ipoteche. Ciò à luogo in tutti i tempi, ed era conosciuto sotto al nome del *dritto di offrire*. Dritto accordato al secondo debitore per far sì che il primo creditore non consumi in vane spese il pegno comune.

Ciò non ostante, non essendosi detto nell' art. 1251 ✳ 1204 se questo vantaggio appartiene al solo creditore ipotecario in esclusione del semplice creditore chirografario, può a questo proposito elevarsi un dubbio: ma è certo che il dritto di ottener la surrogazione legale, mercè l' offerta del pagamento del credito appartiene al solo creditore ipotecario. Si rimarrà di ciò convinto risalendo agli antichi principj. In ogni tempo, colui che non vantava alcun dritto su i beni di un terzo, potea pagare, volendo, un creditore di questo; ma non poteva mai costringere il creditore a surrogarlo ai suoi privilegj ed alle sue ipoteche. Il creditore poteva anche vegliare per questa parte sugl' interessi del debitore, *ne cogatur*, come dice Dumoulin *incidere in manus avari et intractabilis creditoris.* Quest' antica regola vien confermata dall' art.

1236 ✻ 1189 del Codice civile. Nel caso di pagamento per parte di un estraneo, senza surrogazione, vi era contro il debitore un azione diretta ad ottener ciò ch' egli aveva pagato per lui: ma non aveva per questo che il dritto d'un creditore chirografario, fino a che non avesse ottenuta personalmente un' ipoteca; bisognava anche esaminare se questo estraneo che aveva pagato a quel modo, non l' avesse fatto per avventura se non perchè debitore di colui del quale pagava il debito, e perchè voleva liberarsene. Deve essere sempre lo stesso anche sotto l' impero del Codice civile.

Non vi è dunque surrogazione legale che a favore del creditore ipotecario, come quello che solo può averci un verace interesse. Il creditore puramente chirografario non ha nulla da conservare pei creditori ipotecarj, e molto meno un estraneo; e quindi non ha più dritto. Così, Domat *Lois civ. liv. 3. tit. 1. sect. 6, in prœm.*, lo suppone egualmente. La legge presume, ci dice, ch' essendo egli stesso creditore, paga *per la sicurezza della sua ipoteca*, e lo surroga. Basnage lo dice formalmente, pag. 354, *édit. in 12*, del 1702; e Soutlages, *Traité des hypothèques*, pag. 185, lo dà come certo, fondandosi sulla somiglianza ch' egli stabilisce fra un creditore chirografario ed un estraneo. Prima assai di tutti questi autori, Neguzanzio, *3 memb. 5.ª partis, num. 6.* aveva professata questa dottrina. *Principaliter limitatur regula quod secundus creditor possit offerre primo ut habeat locum in creditore hypothecario; non autem procedit in creditore chirographario; quia ille non habet jus offerendi (nisi primo creditore volente) ad effectum impetrandi cessionem.* Questo autore, che cita moltissimi interpreti del dritto romano si appoggia alla somiglianza tra il creditore chi-

rografario e l'estraneo, ricavata dalla legge *Nulla, Cod. de solut.*

In fine la conseguenza che la surrogazione legale non è pel creditore semplicemente chirografario, potrebbe anche dedursi dalla redazione dell' art. 1251 n. 1. ✳ 1204 n. 1. Pare ch' ivi siasi supposta esistere una *preferenza* che sarebbe oggetto di disputa tra due creditori, de' quali l' uno chiedesse la surrogazione all' altro. Ora, a rigor di termini, non può esservi disputa di *preferenza* tra un creditore chirografario che non può misurarsi, in fatto di privilegj ed ipoteche, con colui che gode o ambi questi dritti o l' uno dei due: ma, nel dubbio, conviene interpretare l' articolo coi principj costantemente adottati su questo assunto.

Alcuni autori avevano agitata la quistione, se il primo creditore ipotecario potesse avere il dritto di offrire al secondo creditore ipotecario l' ammontar del di lui credito con surrogazione. L' affermativa poteva anche fondarsi sulla disposizione di alcune leggi, romane e specialmente sulla legge *Mulier, ff. qui pot. in pign.* Egli è vero che queste leggi suppongono il primo creditore ipotecario possessore del fondo soggetto alle ipoteche, e che secondo lo spirito della legge, il possessore senza titoli e senza qualità di creditore, vale a dire l' usurpatore, potrebbe esercitare, contro il vero creditore privilegiato ed ipotecario, l'eccezione *cedendarum actionum.* Ma la disposizione dell' art. 1251 ✳ 1204 del Codice civile, non ammettendo la surrogazione forzata e legale se non in favor di colui, ch' essendo egli stesso creditore, paga un altro creditore che gli è *preferito a motivo de' suoi privilegj ed ipoteche;* ne deriva che questo dritto è ristretto al secondo creditore, e che non può estendersi al primo.

La seconda osservazione ch' io debbo fare si è che

se un creditore si denega a surrogare una persona che, a termini di legge, à dritto di domandarla, questo può far ordinare dal giudice, che pagando verrà surrogato, e, in questo caso, l'autorità del giudice trasferisce il dritto del creditore in quello che paga, anche senza il consenso del debitore, purchè colui che paga dimostri il *pagamento* fatto col proprio denaro, e la sentenza ottenuta.

Ma vi è pure un altro modo di acquistare, colle vie giudiziarie, la surrogazione ad un dritto, senza il fatto di quello cui si appartiene, anzi suo malgrado. Ciò avviene se i crediti di un debitore si vendono giudiziariamente; mentre la giustizia investe l'aggiudicatario dello stesso dritto del quale poteva investirlo il proprietario vendendogli il credito; e sarebbe quindi surrogato alle ipoteche ed ai privilegj. Domat, *loc. cit.*

Era insorto qualche dubbio sulla quistione, se per essere surrogato alle ipoteche, la surrogazione dovesse farsi nell'atto del pagamento, e con quietanza. La legge 76, ff. *de solut.*, colla quale alcune altre non si accordavano perfettamente, così volea. La disposizione di questa legge è stata adottata dall'art. 1250 ✻ 1203 del Codice civile, per la ragione che il dritto del creditore essendo estinto col pagamento, egli non potrebbe più cedere quello che più non ha, nè surrogare un altro ad un dritto già estinto. D'altronde la legge con questa precauzione à voluto prevenir le frodi che potrebbero commettersi se si ammettesse la surrogazione dopo il pagamento.

Per far cessare la divergenza delle opinioni degli autori e di diversi tribunali l'art. 1252 ✻ 1205 del Codice civile decise, che la surrogazione così stabilita, ha luogo tanto contra i fidejussori quanto contra i debitori, e che non può nuocere al creditore allorchè non è stato pagato se non in parte.

In questo caso egli può far valere i suoi dritti pel restante che gli è dovuto, in preferenza di colui dal quale à ricevuto il pagamento parziale. Il creditore che riceve parte del credito, non si presume che voglia cedere un dritto contra se stesso. *Creditor non videtur cessisse contra se*, dice, Dumoulin, *de usur. quæst.* 89 n. 670.

Quindi, o che si tratti di prendere una prima iscrizione, o di rinnovar la già presa dal cedente, bisogna iscriversi tanto in forza del titolo primitivo, quanto in forza dell' atto di cessione o di surrogazione. La iscrizione deve far conoscere la esistenza regolare della surrogazione, sia convenzionale, sia legale, salve le modificazioni risultanti dagli equipollenti ammessi per le formalità della iscrizione, intorno alle quali mi son già spiegato altrove.

(**Esempio della severità dei principj sulle formalità della surrogazione.**)

92. La severità dei principj relativamente alla surrogazione si è portata troppo oltre da una decisione della Corte di cassazione, del 5 settembre 1813, riferita da Denevers, *lo stesso anno, pag. 503* Da essa si rileva quante precauzioni convien prendere a questo riguardo.

Il 27 *thermidor* anno 3 (16 luglio 1795) il sig. di *Romagnat* aveva comprata dai conjugi *Baray* una casa per la somma di 800,000 franchi in *assegnati*, Fece trascrivere, e notificare i creditori iscritti. Gli eredi *Labour* erano fra questi ultimi. Con un atto di scrittura privata del 29 *thermidor* anno 6 (29 luglio 1798), *Romagnat* pagò a questi eredi una somma per causa d' interessi, e quanto al capitale, promise di pagarlo a respiro: gli eredi Labour gli promisero di surrogarlo ai loro dritti pel di più del loro credito, a misura che i pagamenti si sarebbero effettuiti. Il 29 *prairial* anno 9

(20 giugno 1801), e il 2 *complementaire* anno 11 (1803) il sig. *Romagnat* pagò la somma dovuta agli eredi *Labour* , e questi gli rilasciarono una quietanza in una scrittura privata. Il 30 *floreal* anno 13 (21 maggio 1805) si aprì un giudizio d' ordine per la distribuzione del prezzo. ***Romagnat*** morì nell' agosto del 1807. Con due atti avanti notajo, del 20 ottobre, e del 15 dicembre 1808, gli eredi *Labour* prestarono il loro consenso per la radiazione pura e semplice della iscrizione da essi presa il 23 *floreal* anno 7 (14 maggio 1799). Sei giorni dopo l' ultimo di questi atti la radiazione ebbe luogo. La vedova *Romagnat* , rappresentando il marito, concorse nel giudizio di ordine, e chiese di esssere collocata per la somma pagata da suo marito agli eredi *Labour*, giusta le due quitanze del 29 *prairial* anno 9, (20 giugno 1801), ed il 2 *complementaire* dell' anno 11 (1803). Questa dimanda ebbe opposizione , e fu successivamente riggettata dal tribunale di prima istanza,dalla Corte di appello, e dalla Corte di cassazione. Questa rigettò, perchè la radiazione della iscrizione presa dagli eredi *Labour* era pura e semplice ; gli atti in vigor de' quali si era fatta nulla esprimevano a favore della sig. ***Romagnat***; la radiazione, avvenuta nel 21 dicembre 1808, aveva estinto il credito , nè questo poteva rivivere in forza delle quietanze degli anni 9 ed 11 (1801 e 1803), perchè rilasciate con iscritture private , e non avevan data certa che dal giorno del loro registro, che fu nel 1810 ; la surrogazione quindi era legalmente posteriore alla radiazione. Ben si scorge in vero che non si surroga à ciò che non esiste; che la surrogazione convenzionale non deve farsi all' istante del pagamento *effettivo*. Si è quindi giudicato, 1. che una surrogazione posteriore ad una radiazione pura e semplice , era senza effetto relativamente al credi-

tore che si facea surrogare, e ch' essa volgevasi unicamente a vantaggio dei creditori iscritti, concorsi per esser collocati nel giudizio d' ordine; 2. che sebben l' atto del 29 *thermidor* anno 6 (20 luglio 1798) avesse una data certa per la morte di *Romagnat*, avvenuta nell' agosto del 1807, la surrogazione non per questo era valida, giacchè per siffatta validità non basta che vi sia una promessa di pagare il credito e che il pagamento dee farsi contemporaneamente colla surrogazione. Le circostanze danno a questa decisione un' apparenza di severità: pure non si può dissimulare ch' essa è conforme ai principj che sono rigorosi.

È manifesto dunque che un acquirente che vuol trattare con un creditore iscritto deve pagare il credito e farsi al tempo stesso surrogare con atto notariale, o che abbia una data certa. Non deve far eseguire immediatamente la radiazione; egli deve farsi surrogare alla domanda del creditore ch' egli à pagato, farsi collocare in virtù della surrogazione, chiedere di poter ritenere l' ammontar del suo credito sul prezzo della vendita, e domandare la radiazione della iscrizione, attesa la estinzione, del credito, ed atteso che il fondo acquistato è divenuto libero da ipoteche.

(Del dritto di più creditori surrogati da un creditore.)

93. Pothier, *Introduct. au tit.* 20 *de la Coutume d'Orl.*, *num.*° *87*, et *Traité de l'hypoth.*, *pag. 456* à esaminato qual' è, in un giudizio di collocazione, il dritto di diverse persone le quali avessero pagato in diversi tempi varie parti di un credito, e che fossero stati surrogati ai dritti del creditore, a misura de' pagamenti fatti. Egli à detto che questi creditori surrogati dovevano in conse-

guenza fra loro prendere il luogo del creditore che gli aveva surrogati, e prendere la data della sua ipoteca, senz' aversi riguardo all' epoche diverse delle surrogazioni. Anche oggi queste sono le regole che debbono seguirsi. Io sviluppo i principj ai quali esse risalgono in alcune osservazioni generali che sono sul principio del capo 4 di questa prima parte. Può vedersi ancora quel ch' io ne dico nella 2.ª *parte cap. 1.°*, *sez. 3.ª §. 1.°* quando tratto dei privilegj sugl' immobili.

Tuttavia io stimo dover fare qui alcune osservazioni tendenti in certa guisa a modificar queste regole. A me pare che si dovrebbe distinguere il caso della surrogazione fatta da un creditore ai suoi dritti nell' interesse del suo debitore o dei terzi che contraggono con questo debitore, dal caso della surrogazione fatta dal creditore ai suoi dritti nel suo proprio interesse, come, per esempio, se per liberarsi dai proprj creditori, cedesse loro il suo credito, e li surrogasse a tutt' i suoi dritti privilegj ed ipoteche, poichè in questo caso la surrogazione è una vera cessione.

Nel primo caso, o che si tratti di una surrogazione fatta di diverse persone simultaneamente, o che vi sieno surrogazioni fatte di diverse persone successivamente e in diversi tempi, il principio della concorrenza fra queste diverse persone deve sempre aver luogo. Si presume che il creditor che surroga non abbia voluto accordar veruna preferenza all' una piuttosto che all' altra: egli à voluto che tutte usassero dei loro dritti collettivamente nello stesso modo com' egli ne avrebbe usato solo, e personalmente. Il dritto di tutt' i surrogati ha lo stesso principio, la causa medesima, e debbono godere dello stesso favore; *sunt ejusdem tituli*. Questo dritto emana dal titolo al quale si è surrogato, ed è indipendente dall' epoca del

pagamento e della surrogazione. Ma se in questo caso non è stato ceduto tutto il credito, ed una parte riman dovuta al creditore, questi, nel giudizio d'ordine dovrà esser preferito a tutt'i surrogati pel restante che gli è dovuto. È qui opportuno di applicar l'art. 1252 ✳ 1205 del Codice civile. Quel che ò detto vale anche pel caso di una surrogazione ad un'ipoteca legale, esente da iscrizione, come per quello di un'ipoteca speciale sommessa alla iscrizione.

Nel secondo caso da me indicato non dovrebbe essere lo stesso. Un creditore che, per sua liberazione, ovvero per suo interesse cede il suo credito ai suoi creditori, surrogandoli, transige con questi con diversa intenzione, e richiama altri principj. Sia che si tratti d'un privilegio, d'un'ipoteca legale, o d'un'ipoteca speciale, quando cede surrogando, a diverse persone successivamente, è chiaro che, a misura ch'ei cede e surroga, si spoglia parzialmente del suo credito, e ciascuno dei surrogati prende la porzione del credito che gli è stata ceduta, fino all'esaurimento dei fondi da distribuirsi. Essi vengono collocati tutti sotto la data del credito ceduto in parte, e ciascuno prende ciò che gli era dovuto. Nello stesso caso chi surroga non potrebbe chiedere, in un giudizio d'ordine, di esser pagato del restante dovutogli se non che dopo che tutt'i suoi surrogati saranno stati soddisfatti del valore delle surrogazioni, purchè non vi sia una convenzione contraria. Tutto questo rientra nei principj relativi alla garantia di una cessione fatta per parte d'un debitore, per liberarsi da un debito. Non si può validamente cedere quello ch'è stato già ceduto ad un altro.

Ciò non ostante bisogna osservare che in quello ch'io ho detto, ho supposto che il credito ceduto in parte fosse già stato iscritto. Se nol fosse stato

e se ciascuno de' cessionarj s'iscrivesse in seguito separatamente in forza della cessione avuta, allora ogni inscrivente sarebbe pagato prendendo il grado della propria iscrizione. La iscrizione dà il dritto di escludere ogni creditore non iscritto, che non ha grado, è dà un dritto di preferenza sopra ogni creditore che siasi iscritto posteriormente.

§. 3.°

Effetti della iscrizione relativamente alla competenza. Conseguenze della elezione del domicilio. Interessi del credito. Durata della iscrizione e rinnovazione della stessa. Tempo in cui può prendersi la iscrizione.

(Qual' è il tribunale competente per pronunziare sulle domande per cancellazione d' iscrizione ?)

94. L'articolo 2159 ✱ 2053 del Codice civile, par che non lasci veruna difficoltà per sapere qual' è il giudice competente per conoscere delle domande di cancellazione e di radiazione d'iscrizione. Ciò nulla ostante siffatta quistione non è poi così semplice come sembra. Il suo scioglimento è soggetto a molte circostanze che danno luogo a delle distinzioni che bisogna conoscere con gran diligenza.

Onde formarsi a questo proposito delle idee precise, bisogna principalmente distinguere tre diversi casi; quello in cui l' azione per la cancellazione della iscrizione è puramente personale, quello in cui è meramente reale, e finalmente quello in cui vi è pendenza o connession di lite fra la domanda di cancellazione della iscrizione con altri giudizj che debbono portarsi alla conoscenza di un tribunale diverso da quello nella cui provincia fu presa la iscrizione.

Prima di ragionar su questi tre casi, convien ricordarsi di un principio generale. Questo si è che la iscrizione è l'esercizio di un dritto reale sull'immobile gravato d'ipoteca. Questo dritto affige l'immobile stesso, che subito cessa di esser libero, e questo dritto che partecipa della natura dell'immobile esige che, qualsivoglia azione tendente a farlo sparire, sia portato alla conoscenza del tribunale nella di cui provincia l'immobile stesso è situato. Ciò risulta dall'unione degli articoli relativi alla cancellazione e radiazione dell'iscrizione, ed anche dalla necessità di eleggere domicilio nel circondario dell'uffizio della conservazione delle ipoteche. Malgrado ciò, siffatto principio può venir modificato da circostanze alle quali la cancellazione della iscrizione può essere subordinata, come sarebbero quelle di cui ò fatto parola, ed è per questa ragione che nella discussione fatta dal Consiglio di stato degli art. 2156 e 2157 ✳ 2050 e 2051, si veggono delle incertezze sulla indicazione deffinitiva del tribunale competente. È questo il motivo pel quale l'art. 2156 ✳ 2050 si è contentato di prescrivere che le azioni alle quali le iscrizioni possono dar luogo contra i creditori, saranno promosse avanti il *tribunal competente* con citazione ec..... senza indicar quale sia questo tribunal competente; talchè per la determinazione di questa competenza rinvia alla disposizione di altri articoli, ed anche ai principj generali sull'esercizio e natura di queste azioni.

Nell'art. 2159 ✳ 2053 si dice: « mancando il reciproco consenso la cancellazione dee chiedersi al tribunale nella cui giurisdizione si è fatta la iscrizione. Quando però tale iscrizione sia stata fatta per garentia di una condanna eventuale o indeterminata, sulla esecuzione o liquidazione della quale il debitore ed il preteso creditore abbiano intro-

dotto giudizio, o debbano essere giudicati in un altro tribunale; in tal caso l' istanza per la cancellazione dee proporsi o rimettersi a quest' ultimo tribunale ».

« Ciò non ostante la convenzione fatta fra il creditore ed il debitore, di proporre in caso di contesa, la domanda ad un tribunale da loro indicato, riceverà la sua esecuzione fra loro ».

Ma questo articolo non comprende tutt' i casi che producono l' esercizio dell' azione per la cancellazione o radiazione innanzi ad un tribunale diverso da quello nella cui giurisdizione si è fatta la iscrizione. Ed in fatti quest' azione può essere personale e reale, o per meglio dire essa è sempre reale quando tende a liberare l' immobile affetto da ipoteche. Ma quel che vi è di reale può essere subordinato ad un azione puramente personale e pregiudiziale; in questo caso la competenza deve determinarsi, avuto riguardo all' azion personale.

Quindi, se accade che il debitore voglia impugnare il titolo in forza del quale l' iscrizione fu presa, e ciò per rescissione o nullità, a causa di dolo, frode, o errore, o a motivo d' incapacità, come per esempio, se si trattasse d' una obbligazione sottoscritta da una donna maritata o da un minore, senza le forme volute dalla legge; questa domanda può promuoversi innanzi al tribunale del domicilio del creditore, poichè è manifesto che allora non si tratta se non di un' azion personale, e se quest' azione è ammessa, la radiazione della iscrizione ne sarà una conseguenza. La Corte di cassazione à resa una decisione in questo senso, il dì 1.° *floreal* anno 12 (22 maggio 1804). La signora Menager, domiciliata all' Hâvre, aveva, insieme con suo marito, contratta un' obbligazione a favore di persone domiciliate in Parigi, coll' ipo-

teca su i suoi beni dotali situati all' Hâvre, e su i quali era stata presa iscrizione. Fu giudicato ch'essa non poteva citare innanzi al tribunale di Hâvre, i suoi creditori per sentir dichiarar nulla la sua obbligazione, ed ordinare la cancellazione delle iscrizioni prese. Ella si appoggiava alla sua incapacità di obbligarsi ed ipotecare. Quindi si disse che quest' azione non poteva promuoversi che innanzi al tribunale del domicilio dei creditori, attesocchè *ogn' istanza per nullità di un atto deve esser fatta innanzi al tribunal del domicilio di colui contra il quale la nullità è richiesta.*

Si potrebbe nondimeno credere, stando alla decisione, che la citazione fatta al tribunale di Hâvre sarebbe stata ammessa se si fosse chiesta semplicemente la *cancellazione della iscrizione.* Ed in vero, si scorge che la signora Menager, innanzi al tribunale di Hâvre, per determinare con maggiore certezza la sua competenza, aveva rinunziato alla domanda di nullità, dicendo che questa era di dritto, perchè pronunziata dalla consuetudine di Normandia, e ch' essa limitava le sue conclusioni alla cancellazione delle iscrizioni ipotecarie. La Corte giudicò che queste conclusioni eran tardive, mentre la contestazione era già molto avanzata: ma da questa dispositiva si può conchiudere che la domanda sarebbe stata accolta, se da prima si fosse unicamente trattato della cancellazion della iscrizione. Io credo che sia più prudente, nel caso in cui si tratta di far la istanza innanzi al tribunale del domicilio del creditore. La ragione si è che la istanza, in qualunque modo si presenti, fondasi sulla nullità di un'obbligazione, come obbligazione, astrazion fatta da ogni vizio di forma; che non si può giungere alla cancellazione della iscrizione, senza pronunziare sulla nullità della obbligazione. Ed in questo tutto è personale, o al-

meno, quel che appartiene al reale è interamente subordinato all' azion personale.

Veniamo al caso in cui l' azione per la cancellazione della iscrizione è puramente reale: ciò avviene se l' azione è unicamente fondata sopra un vizio di forme di cui l' atto, preso materialmente e non come obbligazione, sarebbe infetto; se la specialità dell' ipoteca non fosse stata fatta colle indicazioni e le forme proprie per costituirla, e prescritte dalla legge; infine, se la iscrizione in se contenesse una omissione tale di formalità che l'annullerebbe. Allora niente impedirebbe che il tribunale nella cui giurisdizione è situato l' immobile non conoscesse dell' istanza per la cancellazion della iscrizione. Se ne vede facilmente la ragione. L' azione deriverebbe dalla *realità*: tratterebbesi allora di distruggere un' impressione ipotecaria, per cagioni inerenti agli atti che producono siffatta impressione, indipendentemente dalla validità od invalidità dell' obbligazione. L' azione adunque potrebbe cambiarsi in un dritto reale.

Avverrebbe lo stesso se l' istanza per cancellazione si fondasse unicamente sulla estinzion della obbligazione, sia pel pagamento seguito, sia per la compensazione, sia per la prescrizione, ovvero si trattasse di riduzion d' ipoteca per essersi estinta una parte del credito. Il pagamento è un fatto materiale che distrugge o riduce l' ipoteca: quindi può ravvisarsi in esso un dritto reale; non vi è azion personale su cui convien preliminarmente determinar la competenza. È per tutt' i casi poco anzi espressi che i termini dell' art. 2159 ✳ 2053 si applicano nella loro forza. *Mancando il consenso la cancellazione dee chiedersi al tribunale nella cui giurisdizione si è fatta la iscrizione.*

Vengo al terzo caso indicato dall' articolo 2159 ✳ 2053, ch' è quello in cui la sorte della iscri-

zione dovrebbe esser decisa da un tribunale diverso da quello nella giurisdizion del quale è situato l' immobile; in guisa che l' effetto della iscrizione sarebbe subordinata a questa decisione. Allora la istanza di cancellazione e radiazione della iscrizione dovrebbe promuoversi innanzi al tribunale che trovasi già padrone del giudizio da cui dipende la sorte della iscrizione. E se questo giudizio fosse insorto dopo che la istanza di cancellazione e radiazione d'iscrizione sarebbesi promossa innanzi al tribunale nella cui giurisdizione è situato il fondo, questo tribunale dovrebbe rimettere le parti a provvedersi innanzi a quel tribunale padrone del giudizio col quale vi sarebbe connessione.

Somministra idee chiare intorno al senso dell'articolo 2159 ✳ 2053 una decisione della Corte di cassazione, del dì 6 maggio 1812. La signora Sineti, il dì 4 marzo 1811, aveva presa iscrizione su i beni di suo marito situati nella giurisdizione del tribunale di Moulins; ma questa iscrizione aveva per oggetto la sicurezza di un credito di 200,000 fr., che l' eran dovuti sulla eredità della signora Brancas, sua madre, che le gli aveva costituiti in dote e il cui ricupero era stato trascurato dal sig. Sineti, che n'era divenuto il garante. Innanzi al tribunal della Senna si era introdotto un fiero giudizio fra la signora Sineti e gli altri aventi dritto sulla eredità della madre, relativamente alla liquidazione di siffatta eredità. Temendo la signora Sineti di non poter trovare nella succession della madre la totalità del suo credito, a cagion di queste liti, citò il sig. Sineti innanzi al tribunal civile della Senna, perchè conoscesse i diversi giudizj, e le operazioni riguardanti la liquidazione e divisione della eredità materna. Il signor Sineti per la sua parte fece citar sua moglie innanzi al tribunale civile di Moulins per la cancellazione della iscrizione, ed op-

pose la declinatoria del tribunal civile della Senna, sostenendo che il tribunal competente per decidere della validità della iscrizione presa contro di lui, era quello di Moulins. La Corte di cassazione pronunziando in via di regolamento di giudici, tanto sulla domanda della signora Sineti proposta contra suo marito innanzi al tribunal civile della Senna, quanto su quella del signor Sineti proposta contra la moglie, per la cancellazion della iscrizione, innanzi al tribunal di Moulins, ordinò che le parti adissero il tribunal di prima istanza della Senna. I motivi della decisione furono: « che l'istanza della signora Sineti è principale, e formata innanzi al tribunal della Senna, ove era incardinata la causa della liquidazione dell' eredità rimasta da Cereste Brancas, su i beni della quale il sig. Sineti, durante il suo matrimonio con la signora Brancas figlia, doveva prendere tutte le precauzioni convenienti per assicurare a questa il ricupero delle intere sue doti; che la iscrizione presa dalla signora Brancas su i beni del signor Sineti, in forza del contratto di matrimonio era stata presa per sicurezza della *condanna eventuale* del signor Sineti nella causa della liquidazione dell'eredità di Cereste Brancas».

È facile il conoscere che l' artic. 2159 ✱ 2053, è capace di una certa estensione nel farsene l' applicazione. Affinchè il rinvio ad un altro tribunale diverso da quello, nella cui giurisdizione sono situati i beni, abbia luogo, non sarebbe sempre necessario che la iscrizione dipendesse da una condanna puramente eventuale ed indeterminata. Basterebbe anche che la sorte della iscrizione, qualunque siasi lo stato delle cose di quando fu presa, e sebbene allora nulla vi sia stato di condizionale od eventuale, si trovasse involta in un giudizio che pende innanzi ad un altro tribunale

competente per conoscerne; dimodocchè la validità o l'annullamento della iscrizione fosse figlia della decisione da profferirsi nella causa. L'istanza per la cancellazione della iscrizione potrebbe anche portarsi alla conoscenza di un tribunale presso del quale è incardinata la causa relativa ad una liquidazione fra coeredi, o socj, e che potrebbe non esser quello della provincia ove l'iscrizione fu presa; ovvero l'istanza per cancellazione, portata sulle prime innanzi a questo tribunale, dovrebbe essere rinviata al tribunale nel quale trattasi la causa della liquidazione, se da questa dipendesse interamente la iscrizione. Scorgesi che ciò accadrebbe principalmente se alcuni eredi, o socj avessero presa iscrizione contro alcuni altri de' loro coeredi, o socj; e se dipendesse dalla decisione del tribunale nella causa relativa alla divisione della eredità o della società, il conoscere se quelli che trovansi gravati d'iscrizioni sono, oppur no, i debitori. L'eccezione di connessione potrebbe anche essere opposta ad un terzo acquirente che dirigesse contro ad un creditore iscritto l'istanza di cancellazione d'iscrizione, e questa connessione menerebbe seco la necessità del rinvio. Così, per esempio, dovrebbe essere se il debitore ed il creditore facessero istanza per la validità od invalidità della iscrizione innanzi ad un tribunale diverso da quello nella cui giurisdizione è situato l'immobile. Potrebbe anche essere il contrario se si trattasse unicamente di nullità di forme opposte da questo terzo acquirente contra la costituzione della specialità, o contro l'iscrizione in se stessa.

Ma ben si scorge ancora che onde possa meritare accoglienza la sospensione dell'istanza per cancellazione d'iscrizione, o del suo rinvio, è d'uopo che vi sia una connessione perfettissima tra le cause della iscrizione e l'oggetto di quella

che verte innanzi ad un altro tribunale. Mentre se la iscrizione fosse ben fondata, se dovesse avere il suo effetto, siasi qualunque la sorte delle discussioni relative a liquidazioni di eredità o di società, la iscrizione, per ciò che riguarda la sua validità, dovrebbe dipendere, o almeno esser giudicata dal tribunale della provincia nella quale si sarà presa, giusta i principj generali. È questo il caso di far uso di una decisione della Corte di cassazione, del 17 dicembre 1807, alla quale, per amor di brevità, rimetto il lettore. (1)

Il signor Persil, *Reg. hyp.*, sull'artic. 2159, n.° 5 e 6, esamina due quistioni; la prima, se quando l'istanza per radiazione è principale, e non dipende da un' altro giudizio pendente in altro tribunale, il giudice del domicilio presso del quale è incardinata, è obbligato, di officio, di rinviarla al giudice del luogo ove l'immobile è situato; la seconda, se la convenzione che l'articolo 2159 * 2053 permette al creditore ed al debitore, che in caso di lite, cioè, la domanda sarà fatta innanzi al tribunale che disegneranno le parti, può costringere i terzi creditori o acquirenti. Egli si decide per la negativa in ambe le quistioni; e queste sue decisioni non possono non approvarsi, insieme coi motivi che le sostengono.

Si osservi però che da qualunque tribunale si emani la sentenza per la cancellazion della iscrizione, il conservatore delle ipoteche, su i registri del quale fu presa, non può rifiutarsi a radiarla in vista della spedizione della sentenza che così ordina. È questo ciò che risulta dagli arti-

(1) Sulle tre decisioni da me citate veggasi Denevers anno 1812. pag. 502; anno 1808, pag. 5 supp.; an. 12 pag. 421.

coli 2156 e 2157 ✻ 2050 e 2051, che al pari dell'articolo 2059 ✻ 2053, suppongono la radiazione poter essere ordinata da un tribunale diverso da quello nella cui giurisdizione son situati gl'immobili.

(Le regole relative alla competenza per le istanze di radiazione d'iscrizione sono estranee alla domanda per aprirsi un giudizio d'ordine.)

95. Tutto quel che si è detto si restringe al solo caso da me indicato, quando, cioè, si tratta di una semplice domanda di cancellazione della iscrizione sia per lo pagamento del debito, sia per la nullità del titolo, o della iscrizione. Mentre se si trattasse d'un'istanza per aprirsi un giudizio d'ordine, e distribuirsi il prezzo dei fondi venduti e gravati d'ipoteche, ancor quando questi fondi fossero parte di una eredità non ancora divisa, e sulla quale vi fossero delle liti pendenti innanzi ad un tribunale diverso da quello nel cui circondario furono prese le iscrizioni, come, per esempio, al tribunale del luogo ove si aprì la successione, allora bisognerebbe adottare altri principj. Nell'articolo 4 della legge del 14 novembre 1808 si dice: « le procedure così relative alla spropriazione forzata, *che alla distribuzione del prezzo degl' immobili*, saran promosse innanzi ai rispettivi tribunali ove gl'immobili son situati ». In questa disposizione vi è un'attribuzione positiva di competenza che riguarda meno il creditore iscritto ed il debitore, di quel che riguardi i creditori che si deggiono dividere il prezzo derivante dal fondo ch'era il pegno dei loro crediti. È pure questo quello ch' è stato deciso dalla Corte di cassazione, con un arresto del 24 aprile 1809. La Corte reale di Parigi che in alcune circostanze aveva emesse decisioni contrarie

si è conformata a quella della Corte di cassazione con una decisione del 26 giugno 1813 (1).

(Forme colle quali si domanda la cancellazione d'iscrizione. Conseguenze della elezione del domicilio nel circondario dell' uffizio.)

96. Prendo ora ad esaminare quali formalità convien che si osservino per la istanza di cancellazione d' iscrizione, quando, per le circostanze, di cui si è fatta parola, dee proporsi innanzi al tribunale nella cui giurisdizione fu presa. Ma debbo premettere alcune osservazioni intorno alla elezione del domicilio.

Il tribunale nella cui giurisdizione il fondo è situato, dovendo conoscere di tutte le domande relative alle iscrizioni, di tutto quel che concerne la purgazione delle ipoteche, e finalmente del giudizio d' ordine, e della distribuzion del prezzo, era ragionevole che ogni creditore inscrivente, eleggesse il suo domicilio nel circondario del tribunale, oltre l' indicazione del domicilio reale che à per oggetto di farlo conoscere, e facilitare in questo modo i giudizj che potrebbero tentarsi contro di lui. D'altronde è agevol cosa il conoscere quanto questa elezion di domicilio, giova ad evitar le spese. Questo fu lo scopo, che, per gli stessi motivi, si propose l' editto del 1771, relativamente alle opposizioni alle lettere di ratifica. Tale è stato anche quello propostosi dall' art. 2148 §. 1.° ✻ 2042 §. 1.° del Codice civile. Non pare che possan cader dubbj se il creditore che s' iscrive al suo domicilio reale nel circondario del tribunale nella cui giurisdizione è

---

(1) Sulle due decisioni da me citate, veggasi Denevers, anno 1809, pag. 47 supp., anno 1814, pag. 70, supp.

situato l'immobile, elegga, per l' oggetto della iscrizione il domicilio nella sua propria casa. La legge vuole solo *la elezione del domicilio in un luogo qualunque del circondario dell' uffizio.*

L' art. 2152 ✱ 2046 dice ch' è in facoltà di colui che à richiesto una iscrizione, come pure dei suoi rappresentanti o cessionarj *per atto autentico*, di cangiare sul registro delle ipoteche il domicilio da lui prescelto; purchè n' elegga ed indichi un altro nello stesso circondario. L' autenticità dell'atto di cessione fu soggiunta, quando si discusse la redazione dell' articolo, poichè non si volevano favorire i cangiamenti fraudolenti di domicilio. Una ministeriale del 28 *pluviôse* anno 9 (18 febbrajo 1801) determina le formalità di questa dichiarazione per cangiamento di domicilio. Essa va fatta nel margine della iscrizione. Il creditore deve firmarla. Se manca il luogo deve scriversi nella data corrente del registro mettendo al margine una nota indicativa del volume e del numero ove trovasi il cangiamento di domicilio. Se la parte non sa scrivere vi à bisogno di un atto autentico.

Ma quello ch' è più importante ad esser conosciuto si è che il domicilio eletto non si cangia per la morte dell' avvocato o di qualunque altra persona presso di cui è stato eletto. Ciò deve aver luogo anche se questa persona non lasciasse nè successori, nè eredi. Se in questo domicilio non vi fosse alcuno, l' usciere dee seguire le disposizioni prescritte per questi casi dal Codice di procedura. Tutto ciò risulta dall' art. 2152 ✱ 2046, e dall' art. 2156 ✱ 2050 del Codice civile. Tocca al creditore iscritto ad istruirsi di siffatti cangiamenti e prescegliere un altro domicilio.

Eccomi alle forme dell' istanza per la cancellazione della iscrizione. Le difficoltà sperimentate, dalle persone anche le più perite nella pratica de-

rivano dall' esecuzione degli art. 48 e 50 del Codice di procedura civile (*a*) relativi alla citazione preventiva per conciliazione. Siffatta citazione era essa necessaria ? se lo era, doveva esser fatta al domicilio eletto nel circondario, o al domicilio reale del creditore iscritto ? Si ravvisa che in ambi i casi la conciliazione dovrebbe richiedersi innanzi al giudice di pace dei rispettivi domicilj, salvo, nel secondo caso conciliandosi, il rinvio della conoscenza del merito al tribunale del circondario nel cui uffizio d' ipoteche fu presa iscrizione.

Ma io son di avviso di non esservi bisogno di domanda per conciliazione. L' eccezioni contenute nell' art. 49 dello stesso Codice di procedura, favoriscono la mia idea. Queste eccezioni si versano sulle domande che richieggono celerità, su quelle di rimozione di sequestro reale, o di opposizione alle medesime, e generalmente su quelle relative a pegnoramenti ec. Sarebbe egli mai possibile di non poter allogare fra tutte queste diverse categorie l'istanza per cancellazione d' iscrizione ipotecaria? Quando anche avesse una breve durata, essa potrebbe esser funesta per colui che ne vien colpito. Sovente potrebbe fargli perdere la occasione di un'utile vendita, o metterlo nella impossibilità di contrarre un debito indispensabile per mantenere il suo credito. Io ho anche osservato che, nei tribunali di prima istanza, le domande per cancellazione e radiazione d' iscrizione vi si promuovevano senza preventivo sperimento di conciliazione. Del resto, ond' evitare ogni sorta di difficoltà, non si ha che

(*a*) Questi due articoli non si trovano nelle nostre LL di procedura nei giudizi civili: essi furon soppressi, e tutto ciò che riguarda la conciliazione fu ordinato in un modo più saggio, e con principj più regolari.

a promuovere il giudizio di cancellazione con un'ordinanza del presidente che permette di citare a breve termine per portarsi la causa all' udienza, il che rientra nelle disposizioni dell' art. 72 ⁎ 166 dello stesso Codice di procedura. Allora l'autorità del giudice si unisce al merito della causa, ed isterilisce la citazione per conciliazione. Tutto quello che io ho detto per la istanza di cancellazione diretta dal debitore contra il creditore, può del pari applicarsi alla istanza del terzo acquirente contra i creditori iscritti. Questa causa è di sua natura urgente.

(Effetto della mancanza di elezione del domicilio nel circondario ove l' iscrizione è presa.)

97. Ma è pur qui necessario di discendere ad un altra quistione non poco importante. Supponendosi che la iscrizione ipotecaria non contenesse la elezione del domicilio nel circondario, omissione ch' è qualche volta avvenuta, risulterebbe da ciò la nullità assoluta della iscrizione? Questa nullità, come già si vede farebbe perdere il grado dell' ipoteca.

Vigente l' editto del 1771, la mancanza della elezione del domicilio, nella opposizione alle lettere di ratifica, cui si è sostituita la iscrizione, ne avrebbe prodotta la nullità; per la ragione che l' articolo 22 di questo editto prescriveva *a pena di nullità* l' elezione del domicilio nel luogo ove si registrava, vale a dire, nel luogo in cui le lettere di ratifica dovevano spedirsi, e nel quale aprivasi il giudizio d' ordine. La menzione del nome di battesimo, e di quello di famiglia, della qualità e dimora dell' opponente si esigevano sotto alla stessa pena. Ora siccome se questa pena di nullità non fosse stata pronunziata da questo editto, i tribunali non l' avrebbero neppur pronunziata, così essa non deve infliggersi vigente il

Codice civile che serba il silenzio sulla nullità, e ciò per la ragione che le nullità non hanno luogo *ipso jure*, e devono essere emanate dalla legge. Se la Corte di cassazione non à creduto di dovere negli ultimi tempi, annullar le iscrizioni per omissioni od errori, che vi sarebbero corsi, sopra altri oggetti, come ò già fatto conoscere parlando più particolarmente delle formalità delle iscrizioni, non sa vedersi perchè si dovrebbe usar più severità trattandosi della elezione del domicilio nel circondario. Dalla omissione di questa indicazione per parte del creditore iscritto non dovrebbe risultare altro a suo danno, se non che non si sarebbe nell'obbligo di fargli alcuna citazione o notificazione richieste dalla legge, sia per purgar l' immobile sul quale gravita la sua iscrizione, sia per espropriarlo, sia per distribuirsene il prezzo; dimodocchè se il creditore iscritto non si presentasse nel giudizio d'ordine, o che si faccia all' amichevole fra i concreditori, o che si faccia giudiziariamente, egli decaderebbe da ogni dritto, almeno rapporto al prezzo da distribuirsi. Ma se egli si presentasse in tempo utile o per sovraimporre sul prezzo offerto da un volontario acquirente, o per esser graduato nel giudizio d'ordine, non vi sarebbe ragione di opporsi all' esercizio di questo suo dritto ipotecario; giacchè, ad onta della elezione del domicilio nel circondario dell' uffizio, i terzi non han potuto ignorare l'esistenza dell' ipoteca, la sua causa, natura, ed ammontare. Questa opinione è di un autore versato in questa materia, il sig. Guichard; in uno squarcio riferito da Sirey, *tom. 10, 2. part. pag. 250*. Essa è stata anche sostenuta da altri autori. La Corte reale di Metz l' à adottata in una sua decisione del 2 luglio 1812, rapportata da Denevers, *an. 1813, pag. 38 supp.* e ch' è sostenuta da motivi validis-

simi. Per amor di brevità rinvio a tai motivi che meritano di esser meditati.

Mi occorre qui di far osservare che tanto per la opinione del sig. Guichard quanto pe' motivi adottati dalla decisione della Corte reale di Metz, la nullità della iscrizione non è accolta, per la ragione che la pena della omissione si riduce a farsi, che, se il creditore iscritto è domiciliato fuori del circondario, non è necessario d'intimarlo o citarlo sia per chiedere la *cancellazione della sua iscrizione*, sia per purgare il fondo, ec. Ma in ciò la circostanza del debitore è diversa da quella dei terzi. Questi ultimi non devono far nulla: ma il debitore non può ottenere altrimenti la cancellazione della iscrizione che citandolo innanzi ad un tribunale, ond' è ch'è indispensabile di domandarla con assegnazione data al creditore iscritto; citandolo al suo domicilio reale, o dovunque ei sia, se la elezion del domicilio non fu fatta. Quindi la mancanza della elezione del domicilio nel circondario dell' uffizio nuoce solo al debitore. Nondimeno io son di avviso che, nella circostanza, dovrebbe citarlo al domicilio reale, avendosi però riguardo al pregiudizio che avrebbe ciò cagionato al debitore quando dovrà pronunziarsi la condanna delle spese. Parrà sempre troppo duro di dichiarare la decadenza dall' ipoteca per essersi omessa una formalità cui la legge non mette la pena della nullità, e che non nuoce alle parti interessate, o che, tutto al più non arreca ad alcuna di esse che un pregiudizio quanto leggiero, altrettanto facile a ripararsi.

Io tenea come certo che questa opinione dovesse essere eseguita senza contrasti, quando ò trovato che una decisione della Corte di cassazione (sezione dei ricorsi), del 2 marzo 1816 rapportata da Denevers, *anno 1816 pag. 465*, à giudicato il contrario. Siffatta decisione formerà giurisprudenza co-

stante, specialmente pronunziando la nullità della iscrizione non sul ricorso del debitore, ma su quello dei creditori iscritti? Ciò non tocca a me di prevederlo o di deciderlo. Del resto, colgo questa occasione per far conoscere quanto è importante di non trascurare nella iscrizione, oltre la menzione del domicilio reale anche l'elezione di un domicilio in un luogo del circondario dell' uffizio.

(In quali casi è necessaria la iscrizione degl' interessi e per qual numero di anni? Delle spese.)

98. Anticamente non vi era giurisprudenza uniforme in tutt' i tribunali del regno sulla quistione, se gl' interessi e le spese dovevano essere collocate nello stesso grado in cui è collocata l' ipoteca del capitale. Si avrà intorno à ciò un' idea dell' antica giurisprudenza leggendo le autorità che trovansi nel *Répertoire de jurisprudence* alla parola *Hypothéque sect. 1. §. 11 e 12.* Egli è però vero che la giurisprudenza più generalmente ricevuta si era che gl' interessi ed arretrati di rendite, come pure le spese seguivano la sorte del capitale. Ch' è quello che si giudicava in tutta la giurisdizione del parlamento di Parigi; e tal' era la disposizione della legge 12, §. *sciendum*, e della legge 18, *ff. qui potest in pignore*, almeno per ciò che riguarda gl'interessi, ai quali equiparavansi le spese.

Ma nell' attuale legislazione l' affermativa non incontra più difficoltà. Niuna disposizione legislativa separa dal rango dell' ipoteca del capitale il rango dell' ipoteca degl' interessi e delle spese. L' identità dell' ipoteca risulterebbe anche dell' articolo 2148 §. 4 ✳ 2042, §. 4. Questo art. esige la iscrizione pel capitale dei crediti espressi nel titolo, come pure la somma degli accessorj di questi capitali. Ora, non si vede che questi *accessorj* possan essere altra

cosa diversa dagl' interessi e dalle spese, e questo è quel che credesi generalmente. L' oggetto essenziale si è che l' iscrizione contenga particolarmente la somma del capitale e quella degl' interessi e spese. Tutto quello che compone il credito dev' essere conosciuto da terzi.

Ma rapporto agl'interessi maturandi dopo la iscrizione, e che una volta seguivan la sorte del capitale, fino al pagamento, qualunque fosse stato il numero degli anni nel corso de' quali cumulavansi, la pubblicità dell' ipoteca vi à recato un gran cangiamento, del pari che rapporto a molte altre parti. Questo cangiamento è stabilito dall' art. 2151 ✻ 2045 del Codice. « Il creditore inscritto per un capitale che produce interessi, o annualità à il diritto di essere classificato per due annate soltanto, e per l' annata corrente, nello stesso grado in cui è collocata l' ipoteca del capitale, senza pregiudizio delle iscrizioni particolari da farsi, producenti ipoteca dal giorno della loro data, per le altre annualità diverse da quelle conservate in vigore della prima iscrizione. » Laonde per tutti gl' interessi scaduti al momento della iscrizione, questa li conserva colla stessa epoca del capitale. L' iscrizione conserva ancora collo stesso grado due annate d' interessi o di annualità a contar da questa iscrizione, oltre l' annata corrente o la parte di questa terza annata che decorrerà nel tempo della collocazione. Questo art. differisce dall' art. 19 della legge di *brumaire* (novembre) il quale ristringeva a due sole annate questo favore. Da queste differenti disposizioni deriva, che quando il credito fosse stato costituito sotto l' impero della legge di *brumaire* (novembre) se l' ipoteca vien esercitata solamente sotto l'impero del Codice civile, e se quel creditore che troverebbesi in opposizione con colui che reclamasse due annate e la corrente, non ne avesse acquistato il dritto che sotto

l' impero del Codice civile, la classificazione degl' interessi pe' quali sarebbesi presa la iscrizione, dovrebbe regolarsi colle disposizioni del Codice e non con quelle della legge *brumaire* (novembre). Ciò risulta dai principj stabiliti in due decisioni della Corte di cassazione, l' una del 5 marzo 1816, l'altra del 16 marzo 1820. Denevers *anno 1816, pag. 151*, *ed an. 1820. pag. 282*. Queste decisioni per verità sono state emesse pel caso di privilegio pel pagamento del fondo venduto: ma i principj in esse stabiliti menano alla opinione da me avanzata pel caso in cui si trattasse d' interessi di crediti ordinarj.

Io credo che l' iscrizione presa solo pel capitale spese ed interessi fino allora scaduti, conserverebbe di dritto le due annate seguenti e la corrente; ciò nulla ostante è sano consiglio di farne menzione nella iscrizione, come suole praticarsi. Ma in ordine agl' interessi che possono scadere in seguito, l' iscrizione divien necessaria, per la conservazione dell' ipoteca, a misura che scadono, e l' ipoteca, per ciascuna di queste annate, risale alla data delle rispettive loro iscrizioni. La ragione si è che quest' interessi a misura che scadono formano altrettanti crediti successivi, che non potevano essere conosciuti al tempo della prima iscrizione, e devono esserlo nell' interesse dei terzi.

Bisogna qui avvertire che per prendere queste nuove iscrizioni non vi vuole una nuova condanna di arretrati. Gl' interessi del capitale ipotecario correndo sempre la sorte di questo capitale, producono ipoteca al pari del capitale medesimo, e la iscrizione, riguardo ad essi, è necessaria per dare efficacia all' ipoteca della quale sono rivestiti, come per tutt' i crediti ipotecarj in generale.

(L' art. 2151 ✻ 2045 del Codice si applica agli arretrati dei crediti anteriori alla legge di *brumaire*? (novembre).

99. Si è elevata la quistione se l' art. 2151 ✻ 2045 del Codice ha luogo, ovvero no, anche per gl' interessi o annualità di rendite provenienti da crediti ipotecarj anteriori alla legge degli 11 *brumaire* anno 7 (1 novembre 1799): di maniera che per quest' interessi od annualità l' iscrizione presa ogni dieci anni, giusta l' art. 37 di questa legge, e la cui prima iscrizione fu presa nel termine fissato e poi prorogato dalle leggi posteriori, basterebbe per assicurar l' ipoteca del credito unitamente a tutti gl' interessi ed annualità a qualunque epoca essi risalgano.

Sembra che la Corte di cassazione abbia deciso negativamente, con un arresto del 13 *thermidor* anno 12 (3 agosto 1804) che trovasi nel *Répertoire de jurisp.* alla parola *Hypotheque, sect.* 2 §. 2, *art. 14*, *n. 1*.. Il sig. Merlin suppone anche che la quistione sia stata così decisa. Ma, ad onta di siffatto arresto, la quistione non lascia di essere molto dilicata, e capace di soffrir molte difficoltà. Già non può dirsi che vi sia retroattività nell' art. 2151 ✻ 2045 del Codice civile, e nell' art. 19 della legge di *brumaire* (novembre) che presso a poco vi era conforme, e sul quale mi spiegherò altrove, più di quel che ve ne fosse nella legge che ha prescritta la iscrizione delle antiche ipoteche onde potersi conservare. La iscrizione per gl' interessi maturandi, indipendentemente dalle due annate e dalla corrente, ebbe per motivo il timore d' una collusione fra il creditore ed il debitore che, in pregiudizio degli altri creditori, potevan proporsi di ripetere interessi già pagati, e le di cui quietanze si fossero perdute o soppresse. Gl' interessi maturandi formano una specie di credito aggiunto al primo ch' è

il capitale, e la legge ha potuto regolar questo nuovo credito, ch' era sotto al suo impero, non essendo ancora maturato. Può assegnarsi per principio, come lo dico altrove, che giusto perchè il credito capitale è soggetto alla iscrizione, gl' interessi futuri lo sono benanche, nel modo voluto dalla legge.

D' altronde non si può dire che la quistione sia stata risoluta precisamente dalla decisione del 13 *thermidor* anno 12 (3 agosto 1804), poichè essa è basata semplicemente sulla considerazione che trattavasi d' interessi scaduti prima della promulgazion della legge degli 11 *brumaire* (1 novembre), e vi si soggiunge. » E che, d' altronde non vi è stata contestazione sulla quantità di quest' interessi nè in prima istanza, nè in grado di appello. » Quindi io son sempre fermo nella mia idea, che l' art. 19 della legge di *brumaire*, e l' art. 2151 ✳ 2045 del Codice civile si applica così agli antichi crediti come a quelli la cui origine è posteriore all' una od all' altra di queste due leggi. Bisogna, almeno per prudenza, agire in questa guisa.

(Difficoltà sul modo d' intendere le due annate e la corrente.)

100. Se il creditore iscritto fosse stato soddisfatto di due ed anche di più di due annate immediatamente susseguenti alla iscrizione, come ciò sovente accade, e se non si fosse fatto altro arretrato se non dopo la scadenza delle due annate, quale allora sarebbe l' effetto della iscrizione non rinnovata? Egli è certo che conserverebbe due annate e quella che corre quando si effettuisce il pagamento. Ben si conosce che quest' annata corrente non può essere altra che l' ultima, vale a dire, quella in cui si fa il pagamento, mentre non può iscriversi per un' annata d' interessi o annualità prima che fosse scaduta. La Corte reale di Riom con una decisione,

del 16 decembre 1813, giudicò che le annate conservate in forza dell' art. 2151 ✳ 2045, per effetto della iscrizione erano tassativamente le tre prime annate susseguenti immediatamente la iscrizione; ma questa decisione venne annullata, nell' interesse della legge, da una decisione del 27 maggio 1816, Denevers, *anno 1816, pag. 276*. Si consulterà con molto profitto la requisitoria del sig. Mourre, procuratore generale, che contiene lo sviluppo dei principj che han formata la base della decisione della Corte di cassazione.

(È necessaria questa iscrizione riguardo ai terzi possessori ?)

101. Si è anche presentata la quistione se quando la iscrizione è necessaria per conservar gl' interessi o annualità, come accessorj ipotecarj, la stessa necessità esiste non solo a fronte dei creditori, ma anche a fronte del terzo possessore che non libera dall' ipoteca il fondo.

Io credo che convien decidere contra il terzo possessore. Nel modo com' è concepito l' art. 2151 ✳ 2045, l' iscrizione non ha altro oggetto che il grado dell' ipoteca pel capitale ed annualità; *ha diritto di essere collocato ..... collo stesso grado d' ipoteca ;* e un dritto di preferenza non riguarda che i creditori che concorrono in un giudizio d' ordine. Da un' altra parte l' articolo 2168 ✳ 2062 prescrive che il terzo possessore che non vuol purgare il fondo, se nol rilascia, è tenuto a pagare *tutti gl' interessi e capitali esigibili.* Non ci è da fare veruna distinzione su quello ch' è esigibile.

(Della iscrizione degl' interessi dopo l' aggiudicazione. *Quid*; nel caso di trascrizione della vendita volontaria?)

102. Ma dalle regole stabilite per la necessità dell' iscrizione in quanto agl' interessi, a misura che scadono, bisogna eccettuare il caso in cui vi è un' aggiudicazione giudiziaria del fondo gravato da ipoteca e colpito dalla iscrizione; tutti gl' interessi ed annualità che decorrono, a contar da questa aggiudicazione, si conservano senza nuova iscrizione. Era impossibile di stabilir ciò meglio di quello che lo à stabilito il signor Fouquet, procurator generale della Corte reale di Rouen, dando le sue conclusioni in una causa in grado di rinvio a quella Corte da quella di cassazione la quale presentava un' altra importante quistione, di cui mi occupo nel capitolo II.°, ove si tratta dell' *ipoteca giudiziaria*. Io trascrivo l' espressioni di questo magistrato, perchè si conosca il modo luminoso col quale ei ragiona sui principj. « Quanto agl' interessi scaduti dopo l' aggiudicazione, ei diceva, in dritto gl' interessi hanno lo stesso titolo, privilegio ed ipoteca del principale. I nostri nuovi Codici hanno introdotta un' altra regola, affin di evitar le frodi che potrebbero commettersi, dissimulando i pagamenti fatti già dal debitore; frodi che non potevan presumersi per gl' interessi scaduti dopo dell' aggiudicazione. Le nostre nuove leggi non han riconosciuta altra ipoteca tranne quella stabilita su i fondi reali; esse non hanno stabilite la formalità della iscrizione per le ipoteche se non su i fondi del debitore: dopo l' aggiudicazione questo immobile del debitore più non esiste, e gl' interessi posteriori non sono dovuti al creditore che come un *accessorio legittimo*, *naturalmente inseparabile dal principale*. Dopo l' aggiudicazione, le

iscrizioni sarebbero impossibili solo perch'esse non cadrebbero più sopra un immobile. Nella ipotesi contraria, converrebbe fare delle significazioni e notificazioni di queste seconde iscrizioni, e dovrebbe farsi una seconda collocazione; il che non trovasi ammesso da veruna legge. Il punto controverso trovasi pienamente deciso e confermato dall'articolo 770 ✳ 854 del Codice di procedura che per questa parte non introduce un dritto nuovo ma un dritto meramente dichiarativo. « Queste riflessioni e la decisione conforme del 28 giugno 1810, si leggono in Denevers *anno 1810, pag. 141, supp.*

Non sarà inutile di far conoscere i motivi di questa decisione, relativamente a quest' oggetto, anche perchè sono molto precisi. « Sul secondo capo rapporto agl'interessi scaduti dopo dell'aggiudicazione, visto l'articolo 19 della legge di *brumaire* anno 7, l'articolo 2151 ✳ 2045 del Codice civile, e gli articoli 757, 767 e 770 ✳ 841, 851 e 854 del Codice di procedura civile; — Ed attesocchè per equità, per ragione, e per le sole regole del dritto comune, l'aggiudicatario, che gode i frutti, deve gl'interessi arretrati del prezzo della sua aggiudicazione, e per quest'interessi, non poteva prendersi iscrizione nè contra il debitore spogliato dell'immobile, nè contra l'aggiudicatario che lo à liberato dalle ipoteche. « La stessa decisione si trova ancora presso Sirey, anno 1810, *part. 2, pag. 397.*

A queste riflessioni si aggiunge che quando vi è stata un'aggiudicazione presso l'aggiudicatario si trovano non tanto gl'interessi del capitale iscritto quanto quelli dell'ammontar della collocazione; che quest'interessi dovendo decorrere contra l'aggiudicatario, a profitto dei creditori collocati, indipendentemente dall'ammontar della loro collocazione, questi creditori perderebbero una parte di

quegl' interessi, che la legge garentisce loro, se l' aggiudicazione non li conservasse senza nuova iscrizione.

Avvien lo stesso nel caso di una vendita volontaria, seguita dalla trascrizione. Se vi è un giudizio d' ordine, l' aggiudicatario deve egualmente gl' interessi della somma dell' aggiudicazione, a contar dall' aggiudicazione medesima, senza che per parte de' creditori vi sia bisogno d' iscrizione. Del rimanente questo sarà da me spiegato con maggior diffusione nel cap. 2.° della 2.ª parte, ov' io sviluppo i risultamenti degli art. 757, 767 e 770 ✱ 841, 851 e 854 del Codice di procedura civile, che io combino coll' articolo 19 della legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799) e coll' articolo 2151 ✱ 2045 del Codice civile. Io mi limito adesso a stabilire i principj adottati da questo articolo 2151 ✱ 2045, e ad indicare l' eccezioni delle quali è capace.

(Il venditore è tenuto ad iscrivere per conservar gl' interessi del prezzo della vendita ? *Quid* degli altri privilegj ?)

103. Si è chiesto se il privilegio del venditore pel capitale del suo credito si estende solo a due annate, e la corrente d' interessi, o se invece si estende a tutti gl' interessi di ogni specie, scaduti dopo la iscrizione personalmente presa dal venditore, o dopo la iscrizione presa di uffizio, senza che vi abbisogni nuova iscrizione a misura delle scadenze. Siffatta quistione patisce gravi difficoltà, sebben da prima sia sembrato di non esserne capace. La Corte di cassazione con una decisione del 5 marzo 1816 aveva opinato per quest' ultima estensione del privilegio senza che vi fosse stato bisogno d' iscriversi a misura delle scadenze. Una decisione contraria della Corte reale di Ren-

nes, del 2 aprile 1814, fu cassata; ma la Corte reale di Angers, cui la cognizion della causa fu rimessa, adottò l'opinione di quella di Rennes, con decisione del 12 luglio dello stesso anno. *Denevers anno 1816, pag. 151 e 122, supp.*

Egli è permesso di dare il proprio sentimento specialmente in una simile divergenza di opinioni. Ora a me pare difficile di non adottar la decisione della Corte reale di Angers: essa è fondata sopra motivi desunti dallo spirito e dalla lettera della legge, ed io son convinto che questi motivi faranno peso presso la Corte di cassazione che si compiace, in tutti gl'incontri, di dirigere la giurisprudenza colle disposizioni della legge.

Vorrebbe invocarsi l'equità a favore del venditore? No. L'*equità* si limita a ricercar nello spirito del legislatore quel ch'egli non à espresso nella legge: andar oltre è un cader nell'arbitrario. Ora, qui vi è una legge precisa. L'art. 2151 ✳ 2045 prescrive che il creditore iscritto per un capitale *produttivo d'interessi o annualità* à dritto di essere collocato per due sole annate e per la corrente, *con lo stesso grado d'ipoteca* del capitale ec.

La Corte di cassazione, da queste parole *con lo stesso grado d'ipoteca* à cavata l'induzione che il legislatore non aveva estesa la disposizione dell'articolo ai privilegj che a parlar propriamente, non ànno alcun grado. Ma una simile induzione è troppo fragile per poter servir di sostegno ad una decisione. La parola *ipoteca* si trova solo in una moltitudine di articoli, sia del Codice, sia della legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799), e ciò non pertanto sotto quella parola, alcune volte non bisogna intendere nè un privilegio, nè un'ipoteca legale, ed alcune altre volte bisogna intendervi l'ipoteca legale ed il privilegio, il quale

affetta come l' ipoteca, in un senso generale il fondo sul quale gravita. Per non equivocare in simili casi bisogna fare le convenienti distinzioni giusta il disposto da altri articoli, e secondo lo spirito della legislazione. Ora, tutto fa conoscere che l' articolo 2151 ✻ 2045 si applica tanto al privilegio del venditore che alle ipoteche ordinarie, poichè questo privilegio dev' essere anche *iscritto*.

Una riflessione sola dimostrerà questa verità, al tempo stesso che confuterà diversi altri ragionamenti. Nell' attuale stato della giurisprudenza il dritto di un venditore si conserva in due modi; o colla iscrizione, o in mancanza d' iscrizione colla risoluzione della vendita. Il primo non è altro che l' esercizio del privilegio sul fondo venduto pel prezzo della vendita; e se, com' è riconosciuto dalla stessa decisione della Corte di cassazione, questo privilegio non può conservarsi altrimenti che colla iscrizione o colla trascrizione che tien luogo di quella, non si sa poi perchè s' involerebbe alla disposizione dell' articolo 2151 ✻ 2045. Ora è principalmente questo il caso di cui si tratta.

La trascrizione, dicesi, o la iscrizione hanno un effetto retroattivo al contratto di vendita. Ciò è vero; ma la trascrizione si prefigge ancora di far conoscere quel che doveva essere l' oggetto del privilegio e quel che doveva conservarsi; e non si conserverebbe se non quello che sarebbe enunziato, come dovuto, nella iscrizione, o trascrizione che tien luogo di quella. Non sarebbe giusto di prevalersi di un errore contro i creditori iscritti o contra un terzo acquirente. Nell' art. 2103 ✻ 1972 si dice che i creditori privilegiati sugl' immobili sono, 1.° il venditore sull' immobile venduto pel pagamento del prezzo, ec. L' art. 2108 ✻ 1994 attribuisce alla iscrizione, *ex officio*, che è una conseguenza della trascrizione la conservazione dei

crediti risultanti dall' atto traslativo di proprietà ec. In tutto ciò non si vede che il solo capitale del credito, come per tutt' i creditori ipotecarj, e non gl' interessi indefinitamente. Il venditore adunque non ha per gl' interessi, almeno indefinitamente, e pel prezzo, un solo e medesimo privilegio. Gl' interessi non han potuto giammai essere la stessa cosa che il capitale, o il prezzo. L' idea contraria ripugna alla natura delle cose, ed alla rispettiva significazione delle parole.

Ritornando al secondo modo già indicato, quello cioè, della conservazione del dritto del venditore, per mezzo della risoluzione della vendita, in mancanza della iscrizione, la difficoltà sarebbe la stessa sebben si presentasse sotto un differente aspetto. Supponendosi che il venditore potesse domandare la risoluzione della vendita per la mancanza del pagamento degl' interessi, specialmente se il capitale non fosse esigibile, il che per altro non è senza difficoltà, si crederebbe forse allora che il venditore avesse il dritto di ripetere sul fondo venduto, in pregiudizio dei creditori iscritti, dall' acquirente diretto, o dal secondo acquirente, quindici o venti anni d' interessi sul prezzo della vendita, senza aver prese iscrizioni? Chi non vede in ciò un rovesciamento della base fondamentale della legge, ch' è la pubblicità? Non potrà che smarrirsi colui che volesse abbandonare lo spirito ed il sistema di essa. Per poter ben decidere la controversia non bisogna considerare il dritto del venditore contra il suo acquirente diretto: ma quello dei terzi sieno creditori sieno acquirenti, ed allora convien ricorrere ad altri principj. Possono consultarsi anche le osservazioni giudiziose del signor Persil, che il primo ebbe conoscenza della decisione della Corte di cassazione, e di quella della Corte reale di Angers. *Rég. hypot.*, *art.* 2151

n.° 8. Ciò che si è detto ha luogo ancora, per gli istessi motivi, trattandosi di coloro che prestano delle somme pel pagamento del prezzo delle vendite.

Debbo confessare che nel mentre io dava la mia opinione, come sopra, io non conosceva una decisione della Corte di cassazione, del primo maggio 1817, sebbene fosse stata resa prima che io cominciassi a scrivere il presente trattato. Avendola conosciuta nella raccolta di *Denevers*, *anno 1817*, *pag. 241*, mi affretto a farla nota. La decisione della Corte reale di Angers subì la stessa sorte di quella della Corte di Rennes. Ben si sente di qual peso debba essere la decisione della Corte di cassazione, resa su di una quistione così disputata, a sezioni riunite, e presieduta dal Guardasigilli. Essa è stata anche preceduta da una vivissima discussione del signor Mourre, procurator generale presso quella Corte, che merita di essere meditata.

Del resto vi sarà sempre una certa divergenza di opinioni intorno alle quistioni dubbie ed imbarazzanti; siffatta divergenza dipenderà dai principj d'interpretazione che si formeran sulla legge. Quelli, che nel dubbio, ed io son di questo numero, opinano la via più sicura esser quella di stare al sistema della pubblicità ch'è il sistema della legge e ne forma lo spirito, veggono diversamente da coloro che vorrebbero risolvere questi dubbj colle antiche leggi, sien romane, sien francesi, alle quali dee credersi che la legge ipotecaria abbia fatte grandi modificazioni, introducendo la pubblicità. Nel primo senso si à principalmente riguardo all'interesse dei terzi, che agli occhi del legislatore diviene interesse pubblico; nel secondo si corre rischio di occuparsi solo dell'interesse dei particolari; ed ove quest'interesse si

trascuri lungamente, può aprire il varco a molte frodi in danno dei terzi.

Io non devo tacere che l' autore della raccolta ci fa sapere che la causa fu rinviata alla Corte reale di Parigi: ma io non conosco la decisione resa da questa Corte in grado di rinvìo.

Devo anche far conoscere che stando ad uno squarcio della discussione del sig. Mourre, la decisione dovrebbe riguardare unicamente il prezzo delle vendite, e non gl' interessi dovuti per lo pareggiamento delle porzioni ereditarie, per una distinzione fatta da questo magistrato tra il privilegio di questi due crediti. Secondo il suo avviso la decisione non dovrebbe riguardar nemmeno gli interessi delle somme dovute agli architetti o fabbricatori de' quali si parla nell' art. 2110 ✳ 1996.

(Della iscrizione per gl' interessi delle ipoteche legali.)

104. La teoria da me esposta non è operativa per le ipoteche legali delle donne maritate e dei minori sui beni de' mariti e tutori. Vi è per questo una ragione decisiva. Queste ipoteche legali sono esenti dalla iscrizione a differenza dei privilegj dei quali ò parlato. Esse, indipendentemente dalla iscrizione, esistono a contar dalla loro data. Non si può fare per gl' interessi una eccezione a questa esenzione, mentre la legge non ne fa. Riguardo a queste ipoteche la iscrizione non è necessaria se non per farle conoscere quando si viene al giudizio d' ordine. Una decisione della Corte di cassazione del 4 *frimaire* anno 14, (25 novembre 1806), *Denevers anno 1806*, *pag. 154*, in questo caso aveva pronunziata la riduzione degl' interessi a due annate. Ma il signor Tarrible, che à esaminata con molta cura siffatta decisione, *Répert. de jurispr.* alla parola, *Inscrip. hypot.*, *§. 5*,

num. 14, dice giudiziosamente che la causa che diede luogo a questa decisione ebbe origine sotto l' impero della legge degli 11 *brumaire* anno 7. (1.° novembre 1799) che assoggettava alla iscrizione l' ipoteca legale delle donne maritate collo stesso rigore usato per le ipoteche ordinarie; ed è principalmente, ei soggiunge, sui cangiamenti operati su questo punto, che il Codice civile à fondata la sua opinione. Si scorge che, per una conseguenza di quanto si è detto, l' art. 2151 ✳ 2045 ha luogo per tutt' i crediti che producono un' ipoteca legale soggetta alla iscrizione, al pari dei crediti ipotecarj, convenzionali o giudiziarj, ed anche de' crediti che godono un privilegio sottoposto dalla legge alla formalità della iscrizione.

(*Quid* dei creditori e legatarj del defunto a fronte dei creditori dell' erede?)

105. I principj esposti sono estranei ai creditori e legatarj di un defunto quando sono a fronte dell' erede o de' di lui creditori. Allora essi possono reclamare la totalità de' loro crediti, o legati tanto pel capitale che per gl' interessi, senza eccezione. La iscrizione alla quale son soggetti in forza dell' articolo 2111 ✳ 1997 del Codice non si propone se non la conservazione del dritto di chiedere la separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede. Nell' esercizio di questo dritto il creditore del defunto reclama una proprietà che non appartiene all' erede o ai di lui creditori che lo rappresentano; almeno questa proprietà non appartiene loro se non col peso di pagare i creditori ed i legatarj unitamente agl' interessi prodotti dai capitali. Allora non trattasi già di una discussione fra diversi creditori; ma di una quistione di proprietà,

(Durata e rinnovazione della iscrizione.)

106. Veniamo alla durata della iscrizione ed alla sua rinnovazione. Coll' articolo 2154 ✳ 2048 del Codice civile si dice: « Le iscrizioni conservano l'ipoteca ed il privilegio pel corso di dieci anni, dal giorno della loro data: cessa il loro effetto se prima di trascorrere il detto termine non sieno conservate. « Risulta da questa decisione che la iscrizione perenta si à come se non avesse mai esistita. L'ipoteca però rimane, poichè, come altrove abbiam detto una cosa è la iscrizione, ed un' altra l'ipoteca. La prima è necessaria per dare efficacia alla seconda, e farle acquistare un grado. Il creditore adunque può prendere una nuova iscrizione, anche fino allo spirar dei quindici giorni sussecutivi alla trascrizione del contratto di vendita; passato questo tempo, non può più prendersi iscrizione. Ma in tutt' i casi possibili, questa nuova iscrizione non à effetto, e non dà un grado all' ipoteca se non dal dì in cui vien presa. Per semplici che sembrino le disposizioni di questo articolo 2154 ✳ 2048, esse son divenute capaci di difficoltà anche serie, e sotto molti rapporti.

Mi spiegherò da prima intorno a tre di queste difficoltà, le più importanti. Esaminerò, in primo luogo, come dee computarsi il termine di dieci anni, in secondo luogo qual'è il momento in cui l'iscrizione rimane inutile, allorchè avvengono procedure di spropriazione contra il debitore sugl'immobili gravati da ipoteche; in terzo luogo, la necessità della rinnovazione quanto, per parte dell' acquirente, vi è trascrizione della vendita del fondo gravato d'ipoteca.

(Come debbono computarsi i dieci anni della durata dell'iscrizione.)

107. Non è già una quistione affatto oziosa il conoscere in qual modo si computano i dieci anni della durata della iscrizione. O' osservato che, da circa tre secoli il computo dei termini prescritti dalla legge è stato soggetto a difficoltà ed a contestazioni. Ricorderò quel che diceva il sig. Henrys, *lib. 4 quist. 31*, parlando delle opposizioni ai decreti: *quello si sa meno che più si pratica*. Due decisioni evidentemente contraddittorie vengono in conferma di questa verità. L'una è della Corte reale di Parigi, del 21 maggio 1814, l'altra della Corte reale di Colmar del 30 luglio 1813: la prima giudicò che una iscrizione presa il 12 maggio 1799, poteva esser rinnovata validamente il 13 maggio 1809; la seconda giudicò che una iscrizione presa il 24 maggio 1799 non poteva dirsi validamente rinnovata il 24 maggio 1809: e che avrebbe dovuto rinnovarsi il 23. Queste due decisioni leggonsi nel *Journal du Palais, tom. 3. an. 1814 pag. 343 et 364.* Io credo che queste due decisioni oltre all'essere contraddittorie sono anche contrarie alle regole. Uno sviluppo è quindi necessario.

La sorgente di molti errori a questo riguardo è stata la confusione fatta di tre casi differentissimi e sommessi a regole diverse.

In fatti bisogna distinguere 1.° il caso in cui la legge accorda un termine a contar da un epoca fissata dalla legge stessa; 2.° quello delle citazioni giudiziarie; 3.° quello della prescrizione d'un'azione sia pel pagamento di una somma, sia per la rivindica di un fondo.

Benchè qui si tratti del primo caso soltanto,

pure mi spiegherò anche sugli altri due, onde giugnere sicuramente allo snodamento.

Anticamente i dottori eran divisi di opinione sul modo come dovea computarsi il termine accordato dalle consuetudini, ordinanze, o dal magistrato. Doveva sì o no comprendere il giorno in cui il termine cominciava? Il che esprimevasi con questi termini: *An dies termini computetur in termino?* I giureconsulti più famosi han sostenuto che questo giorno non doveva comprendersi. Doumulin sugli articoli 10 ed 11 della Costumanza di Parigi, num. 1 2 e 3, ha detto: *Quamvis, de jure, regulariter, tempus statim currat de momento ad momentum, tamen consuetudine communiter observatur ut dies a quo prefigitur terminus, non computetur in termino.* Ei dà per esempio il termine di tre mesi accordati all' appellante per produrre l' appello al tribunale. Ei suppone che l'appello sia stato interposto l' ultimo giorno di luglio, e che l' intimato ottenga *lettere di scadimento* dal dritto di appellare (secondo l' uso del tempo) l' ultimo giorno di ottobre; ei decide che in questo caso le lettere sarebbero premature, ancorchè vi sian tre mesi dall' ultimo di luglio fino all' ultimo di ottobre: ma egli crede che non vada compreso nel termine il giorno in cui l'appello viene interposto. Mornac, sulla legge 8, ff. *si quis cautionibus*, aveva adottata la decisione medesima. Guypape, che scriveva prima di essi, l' aveva anche abbracciata, *quest.* 270. L' avvocato generale sig. Talon spiegò il principio con una nuova precisione dando la sue conclusioni all' occasione di una sentenza del 23 marzo 1656, rapportato nel *Journal des audiences*: ei diceva che conveniva distinguere il termine *a quo* dal termine *ad quem*: che il primo non era compreso nel termine accordato, e che il secondo doveva esserlo: la sentenza fu uni-

forme. Tutto questo si spiega benanche col giorno aggiunto, dalla Consuetudine di Parigi, all'anno in cui l'azione di retratto doveva sperimentarsi, Duplessis, *pag. 276*, *edit del 1709* ci fa sapere che questa aggiunzione fu fatta *perchè cessasse la famosa quistione, se il giorno del termine fosse compreso nel termine.*

Sarebbe un incorrere nell'errore se si paragonasse il termine per la rinnovazione della iscrizione al termine accordato per le citazioni. La massima, *dies termini non computatur in termino* è totalmente estranea a quest'ultimo termine. Questa massima si riferisce al giorno dal quale un termine comincia; è il *dies a quo prefigitur terminus* al dir di Doumulin: essa si osserva solo ne' termini stabiliti dalla legge e dalle sentenze, che son diverse da quelli delle citazioni. Se pei termini relativi alle citazioni, non si computa nè il giorno della notificazione nè quello della scadenza, è perchè questo termine è così fissato con precisione dall'art. 1033 ✳ 1109 del Codice di procedura. » Il giorno della notificazione e quello della scadenza non sono mai computati nei termini generali stabiliti per le citazioni a giorno prefisso, intimazioni, notificazioni, ed altri atti fatti alla persona o al domicilio. » L'ordinanza del 1667, art. 6, tit. 3, contenea la stessa disposizione. La differenza fra i termini delle citazioni e gli altri termini è osservata da Dunod, *des prescript. part. 2. chap. 1. pag. 118.*. Nel Codice di procedura, art. 157 ✳ 251, è detto che l'opposizione ad una sentenza non sarà ammisibile se non fra otto giorni *a contare da quello della notificazione fatta al patrocinatore.* Ora, non vi è che un solo giorno che debba esser messo fuori degli otto giorni, ch'è quello della notificazione della sentenza, perchè, in questo caso, non vi è nè assegnazione, nè gior-

no di scadenza. Ad una sentenza intimata il primo di luglio, l'opposizione dovrebbe esser fatta il giorno nove: sarebbe tardiva se fosse fatta il dieci. Vi sono degli autori che spiegandosi su questa quistione, e paragonando al termine relativo alla rinnovazione delle iscrizioni quello delle citazioni, hanno data per massima, *dies termini non computatur in termino*; anche Jousse è fra questi. Ma questo è un sovvertire tutte le idee; la vera massima è *computatur* ec., il che è molto differente.

La decisione della corte reale di Colmar è fondata non solo sull' art. 2154 ✳ 2048 del Codice civile ma anche sugli art 2260 e 2261 ✳ 2166 e 2167, ne' quali si dice: » La prescrizione si calcola a giorni e non ad ore. — Si acquista *quando è compito l' ultimo giorno del termine.* » Risulterebbe dall' applicazione di questi due ultimi articoli al modo di fissare il termine nel caso in cui versiamo, se quest' applicazione fosse giusta, che la Corte reale di Parigi sarebbe incorsa in un errore più grave. Essa opinò, come si è visto, che una iscrizione presa il giorno 12 maggio 1799, poteva esser validamente rinnovata il giorno 13 maggio 1809, e secondo il modo di calcolare della Corte reale di Colmar una iscrizione di questa data, avrebbe dovuto rinnovarsi il dì undici maggio 1809. Ma la maniera di calcolare adottata dalla Corte reale di Colmar è giusta? È forse questo il caso di determinarsi, nella specie, in seguito degli articoli 2260, e 2261 ✳ 2166 e 2167. Io nol credo.

Pothier, *Traité de la prescript. num.* 102 diceva che la durata dell' azione, quando trattasi di un dritto reale, deve computarsi nel modo che lo è dall' art. 2260 ✳ 2266 del Codice civile. Ei pretendeva di non essere lo stesso quando trattasi di un' azione personale esercitata dai creditori contra i loro debitori. Possono leggersi i motivi, su i quali

egli stabiliva siffatta distinzione. Io credo che ora non dovrebbero adottarsi, stante l'art. 2260 ✳ 2166 del Codice e sopratutti l'art. 2262 ✳ 2168 nel quale si dice che tutte le azioni *tanto reali che personali* si prescrivono col decorso di trent' anni ec. Questa disposizione à avuto per oggetto di togliere le difficoltà che anticamente eransi elevate a questo riguardo.

Ma già qui non si tratta di un' *azione*, o d'un dritto che si *prescrive col decorso di trent' anni*, o con un altro numero di anni. La mancanza della rinnovazione della iscrizione non mena seco la decadenza dall'ipoteca; egli ne cangia solo il grado. La legge non fa che stabilire un termine entro il quale la rinnovazione dee operarsi; e dall' articolo 2154 ✳ 2048 risulta che questa rinnovazione deve farsi tra i dieci anni a contar dal giorno della data della iscrizione. Ora; è precisamente quando la legge si spiega in questa guisa che non si è mai compreso nel termine il giorno stabilito dal quale il termine comincia a decorrere. L' avvocato generale sig. Talon diceva che riguardo al primo termine, ch' è quello *a quo*, sebbene la giurisprudenza fosse anticamente diversa, tutt' i dottori *convengono per questa parte che la particella* DAL *che corrisponde alla preposizione* A *esclude il giorno del tremine, e quindi questo giorno non è compreso nel termine stesso*: ma riguardo al giorno *ad quem*, ch'essi sono, tutti di accordo che fosse compreso nel termine e ne facesse parte. Che cosa deriva da questa idea? Che il giorno dal quale si computa dee considerarsi come un limite, come un punto dal quale si parte il quale non va compreso nella durata del tempo stabilito. Nulla di più giusto se si applica questa idea alla specie di cui trattiamo. Certamente la iscrizione à il suo effetto dal giorno in cui è presa, e la legge à voluto che

essa avesse avuto il suo effetto durante il corso di dieci anni dopo; talchè questo effetto cessa l' ultimo giorno dei dieci anni. Questo è quello che dice anche Mornac, seguendo il Tiraquello, sulla legge 1.ª dello stesso titolo del Digesto pocanzi citato: *Putatque diem termini, seu assignationis non computari in termino, quia de proximis sequentibus diebus intelligi semper debet.* È vero che nell' art. 2154 ✳ 2048 dicesi: « Cessa l' effetto delle iscrizioni se *prima* di trascorrere il detto termine non sono rinnovate. » Ma questa parola *prima* fa sussister sempre la quistione se per legge il giorno della iscrizione va o non va compreso nel termine dei dieci anni. Non è differenza tra il modo di prefiggere il termine dell' opposizione ad una sentenza, e quello di cui si tratta: nondimeno l' opposizione che non è ammisibile se non è prodotta nel corso degli otto giorni a contar dal giorno della notificazione al patrocinatore, si à per valida s'è prodotta il nono giorno. D'altronde nel dubbio la legge dovrebbe essere interpretata nel senso che conserva il dritto, e non in quello che lo fa perdere.

Io quindi son di avviso che dovrebbe ammettersi che una iscrizione del 12 maggio 1799, sarebbe validamente rinnovata il 12 maggio 1809 non già il 13 maggio. In molte circostanze, e nell' opinione stessa delle Corti ho osservato che così appunto intendevasi il termine prescritto dall' art. 2154 ✳ 2048. Citerò per esempio una decisione della Corte di Bruselles, del 20 febbrajo 1811, ed un' altra della stessa Corte del 26 giugno 1813. Eppure non trattavasi di questa quistione, e si pronunziò sulla durata della iscrizione. Nella prima si dice. » Attesochè la iscrizione di cui si tratta è stata presa il 30 gennajo 1799, e che quindi il termine dei dieci anni, dalla sua data, non spirava che il 30 gennajo 1809. Nella seconda si trova che una iscrizione, es-

sendo stata presa il 27 dicembre 1800, i dieci anni dal giorno in cui fu presa spiravano il 27 dicembre 1810. Denevers anno 1815, *supp. pag. 19 e 21.*

Giovano i medesimi principj per determinare i due mesi dell'affisso enunziato nell'art. 2194 ✳ 2094, e se ne deduce la conseguenza che i dritti risultanti dalla durata dell'affisso si acquistano l'ultimo giorno dei due mesi che sieguon quello in cui l'affisso fu fatto, e ch'è il solo non compreso nel termine. Nel computo di questo termine non si deve aver riguardo nè all'ineguaglianza del numero dei giorni che posson trovarsi nei mesi, nè all'intercalare dell'anno bisestile, nè alla distinzione dei giorni feriali o non feriali che posson trovarsi nel corso del termine.

Ma tutto quel che si è detto sul modo di computare il termine dei dieci anni mi sembra capace d'una modificazione comandata dalla giustizia. Si sa che non può prendersi alcuna iscrizione nei giorni di domenica, o feriali. Ciò è dimostrato nel corso del presente trattato. Ora, supponiamo che l'ultimo giorno dei dieci anni, computandoli secondo le regole da me sviluppate, cadesse in uno di questi giorni, allora questo giorno dovrebbe entrar nel termine, in guisa che la nuova iscrizione presa l'indomani non dà il grado all'ipoteca se non dal dì della iscrizione? Io son pel no; anzi credo che la iscrizione presa all'indomani del giorno feriale, che sarebbe l'ultimo giorno dei dieci anni, opererebbe la continuazione dell'antica iscrizione e darebbe all'ipoteca la data dell'antica iscrizione presa (*a*).

(*a*) Il che s'intende dell'ipoteca data e della iscrizione presa sotto l'impero dell'abolito Codice civile, e delle attuali LL. CC. Per le antiche ipoteche iscritte in tempo utile la nuova iscrizione dà loro la data dei contratti coi quali vennero costituite.

Questa decisione è figlia del principio che non può imputarsi a negligenza quello che non si è fatto per una circostanza indipendente dal fatto di colui che doveva agire. Pretendere che il creditore dovea prevedere questa circostanza, e renderlo vittima d'una mancanza d'iscrizione prima di giungere il giorno feriale è un portar troppo oltre la severità. Si pretenderebbe in questo caso più di quel che pretende la legge. Può qui dirsi almeno per analogia, che le ordinanze prescrivono, che quando una citazione cade in giorno feriale, quello nel quale deesi comparire va rimesso all' indomani.

Mi par difficile di non adottarsi il risultato di questa dissertazione. Questi principj, non derogati dai nuovi Codici, dovrebbero esser seguiti. Non di meno debbo quì avvertire che ò trovato, in seguito, che la Corte di cassazione aveva giudicato il contrario, con una decisione del 17 giugno 1817. Essa à deciso che una iscrizione presa il dì 14 aprile 1799, doveva rinnovarsi prima del 14 aprile 1809. Quindi si scorge quanto sia cosa prudente di rinnovare una iscrizione in tempo da evitare tutte le difficoltà. È anche prudenza di rinnovare la iscrizione prima che giunga il giorno feriale col quale terminano i dieci anni. Le opinioni però su questa controversia son divise.

(Qual'è l'epoca in cui la iscrizione à il suo effetto, nel caso di spropriazione forzata contra il debitore?)

108. Eccomi al secondo caso previsto: esso riguarda la spropriazione d'un immobile del debitore gravato d'ipoteca. Trattasi di determinare quale sia il punto della procedura di spropriazione nel quale, la iscrizione, allora esistente, ancorchè risalga a meno di dieci anni, adempie al suo

scopo cosicchè il suo dritto è irrevocabilmente acquisito, e non à più bisogno di essere rinnovata. Questa determinazione è tanto più difficile per quanto la legge non è redatta in guisa da allontanare ogni specie di divergenza di sentimento a questo riguardo, e non ancora vi è decisione che abbia determinato in un modo positivo questo istante decisivo. Nondimeno una decisione della Corte di cassazione del 25 aprile 1808 à stabilito un saggio principio che dee sempre servir di guida. Questo principio si è, che la rinnovazione della iscrizione non è necessaria se non nel caso in cui questa iscrizione *non avesse prodotto il suo effetto legale prima di spirare il termine dei dieci anni*; ma che se prima di spirar questo termine ne faccia uso il creditore per istabilire in una graduatoria la sua anteriorità d'ipoteca, a fronte degli altri creditori del comun debitore, allora la rinnovazione della iscrizione non può essere nè necessaria, nè utile, poichè *la iscrizione medesima non ha più oggetto*. Da questo principio così stabilito la Corte di cassazione à dedotta la conseguenza che nel caso di una vendita per espropriazione forzata, la iscrizione ipotecaria produce il suo effetto *dal giorno in cui l'aggiudicazione dell'immobile è annunziata e pubblicata con affissi stampati mentre questi affissi debbono contenere lo stato delle iscrizioni esistenti sull'immobile al giorno del precetto*: poichè in seguito è uniformemente a questi affissi, ed al certificato del conservatore delle ipoteche *enunziando tutte le iscrizioni esistenti sul fondo in questa stessa epoca* che si stabilisce la graduazione fra i creditori, e si fa la distribuzione del valore degl'immobili aggiudicati.

Ma mal si conoscerebbe lo spirito di questa decisione se si stasse a queste prime disposizioni.

Nella specie della decisione la procedura si era molto inoltrata: vi era stata una vendita degl' immobili ed un processo verbale di graduazione aperto il 14 gennajo 1806, ed intimato il 21 dello stesso mese. La iscrizione impugnata era del 27 *ventose* anno 4 (19 marzo 1796). Ora, da quest' epoca, fino alla data della intimazione del processo verbale di graduazione non erano scorsi dieci anni. Dippiù, il creditore iscritto si era presentato nel giudizio d' ordine in forza della sua iscrizione. Dal che la Corte di cassazione tirò la conseguenza che il grado assegnato al creditore da questa iscrizione *nel processo verbale di graduazione*, come l' anteriorità d' ipoteca che dovea derivarne, *eran per lui dritti irrevocabilmente acquisiti*. La Corte di cassazione si decise per due circostanze, l' una delle quali, che era la notificazione del processo verbale di apertura della graduazione, poteva e doveva anche essere più determinante dell' altra. D' altronde convien osservare che nella specie di questa decisione, trattavasi di una procedura di espropriazione i cui atti erano anteriori alla promulgazione del lib. 5 del Codice di procedura. Laonde di questa decisione ciò che riman fermo si è il principio che la rinnovazione della iscrizione non è più necessaria *quando à prodotto il suo effetto legale*. Ma trattasi sempre d' indicar questo punto.

La Corte di appello di Bruselles con decisione del 20 febbrajo 1811, lo avea fissato nell' adempimento dell' atto prescritto dall' art. 696 ✳ 785 del Codice di procedura civile. Questo atto è il registro, nell' uffizio della conservazione delle ipoteche in margine dell' atto del pignoramento, della notificazione ordinata nell' articolo 695 ✳ 784, dello stesso Codice, e questa notificazione è quella ch' è stata fatta ai creditori iscritti dell' estratto stam-

pato in forma di editto, giusta l'art. 684 * 779. Ma questa Corte emise una decisione differente il 26 giugno 1813. Essa giudicò che il tempo in cui l'iscrizione riceveva il suo pieno effetto legale era l'aggiudicazione della cosa ipotecata. Ma si può anche dubitare che questa Corte abbia opinato, lo stesso effetto legale non dover essere prodotto che dal processo verbale con cui si apre la graduazione e nel quale il creditore iscritto figura. Si vede da prima che la decisione è fondata sul motivo « che il dritto reale d' ipoteca non produce il suo effetto se non *colla vendita dell' ipoteca* che n'è la causa finale; dal chè risulta che fino a quando la vendita non si effettuisce, l'esistenza del succennato dritto è soggetto alle condizioni imposte dalla legge. » Ma vi è quindi un nuovo motivo, ed è « che la denunzia del pegnoramento non caratterizza l'esercizio dell'azione ipotecaria, costituisce una semplice formalità, e non racchiude un contratto giudiziario tra i creditori iscritti, relativamente al rispettivo lor grado d'ipoteca; *quale contratto esiste solamente nel giudizio d'ordine che si apre dopo l' aggiudicazion deffinitiva* dell' ipoteca, onde distribuirsene il valore fra tutt'i creditori iscritti. » Bisogna osservare che, nella specie della decisione, la notificazione dell' affisso a' creditori ed il registro di questa notificazione nell' uffizio della conservazione delle ipoteche aveva avuto luogo prima di spirare i dieci anni à contar dalla data della iscrizione; e dopo spirati i dieci anni, senza la rinnovazione erasi fatta l'aggiudicazione; di modo che non si può ben conoscere se la iscrizione fu annullata per questa sola ragione, o se lo sarebbe stato anche quando i dieci anni sarebbero spirati dopo l' aggiudicazione, ma prima di aprirsi la graduazione.

Ciò non pertanto conviene uscire da questo stato d'incertezza. Ora, io credo che lo scopo della iscrizione è pienamente adempiuto per mezzo dell'aggiudicazione, da cui essa ha tutto il suo effetto legale; talchè se in quest'epoca la iscrizione non conta i dieci anni da che fu presa, è affatto inutile il rinnovarla. È solo fino a quest'epoca che deve essa mantenersi col rinnovarsi pria che spirino i dieci anni. Questa mia opinione à pure per se il principio contenuto nella decisione del 26 giugno 1813, che il dritto reale, cioè, dell'ipoteca produce il suo effetto dalla vendita del fondo che n'è gravato. Lo scopo dell'ipoteca è certamente quello del pagamento del credito, o, in mancanza del pagamento, la vendita dell'immobile che gli è sommesso. Quando dunque l'immobile è venduto, lo scopo dell'ipoteca è adempiuto. L'ipoteca si cangia in azione sul prezzo, quale azione è una conseguenza necessaria dell'aggiudicazione. Non si ha più nulla da fare, dopo quest'aggiudicazione, per conservar l'ipoteca come un dritto reale sul fondo. Non rimane che l'esercizio dell'azione sul prezzo, secondo il grado dell'ipoteca che riman fissata dal dì della iscrizione. Quest'azione è dipendente dall'effetto della iscrizione, dapoicchè la validità od invalidità della iscrizione dev'essere esaminata al tempo della graduazione: ma l'azione non esiste meno per questo, stantecchè la iscrizione dal momento dell'aggiudicazione è rimasta nella pienezza dei dritti da essa conferiti.

Ma simile pienezza di dritti non potrebbe acquistarsi col registro prescritto dall'art. 696 ✱ 785 del Codice di procedura, come la Corte di appello di Brusselles avea da prima deciso il 20 febbrajo 1811.

Per verità nell'art. 696 ✱ 785 si dice che l'atto del pignoramento, a contare dal giorno del

registro, non potrà essere cancellato che per consenso de' creditori, o in forza di sentenza profferita contro di essi. Ma di là non deriva che il debitore sia abbandonato. Risulta il contrario dalla combinazione degli articoli 693 e 694 ✻ 772. (*a*)

Vi si vede che il debitore può arrestare tutte le procedure contro di lui consegnando una somma bastante a saldare i creditori iscritti, fino all'importante degl' interessi e delle spese. Ma vi si dice pure che questa consegna non produrrà questo effetto se non quando è fatta *prima dell' aggiudicazione*. L'aggiudicazione sola spoglia il debitore del possesso. Ciò si ricava da una decisione della Corte di cassazione, del 6 febbrajo 1815.

Il dritto reale dell' ipoteca sussiste. dunque fino all' aggiudicazione, e fino là dev'essere conservata colle iscrizioni in vigore. La graduazione che si fa in seguito non aggiugne nulla ai dritti acquisiti dai creditori. Essa opera soltanto la divisione del prezzo; regola gli effetti di questi dritti; i dritti medesimi però non hanno il lor fondamento nella graduazione ma nella esistenza della iscrizione, effettiva, al tempo dell'aggiudicazione. Non si concepisce dunque come possa esser necessario di rinnovare una iscrizione, i cui dieci anni spirano fra l' aggiudicazione e l' apertura della graduazione, mentre l'aggiudicazione spoglia il debitore della proprietà; e certamente, egli è superfluo di prendere iscrizione contro colui che non è più il proprietario del fondo, nè debitore del prezzo ch' è dovuto dall'aggiudicatario. L'aggiudicazione investe l' aggiudicatario della proprietà, nel nome e nell' interesse de' creditori. Dall' istante dell' aggiudi-

(*a*) L' art. 694 dell' abolito Codice di procedura è stato soppresso.

cazione l'immobile è libero da ipoteche, il che torna a quel che dicesi nel dritto romano, *pignus luitur.* Tutt' i dritti trasformansi in tante azioni sul prezzo. Loyseau, *de l' action hypothecaire liv. 3, n.º* 18, dice *che il migliore espediente ch' abbiasi trovato per purgar le ipoteche è stato quello dei bandi e decreti.* Ora, l' aggiudicazione non è forse ciò che chiamavasi *decreto* sotto l' antica legislazione? Il *decreto* non era la *graduazione* come non lo è l' aggiudicazione. Questa sola osservazione sembra decisiva.

Intorno all'effetto del registro prescritto dall'articolo 696 ✳ 785 ò vista mettere una differenza fra il creditore spropriante, ed ogni altro creditore iscritto non espropriante. Pretendesi che almeno, riguardo al creditore spropriante il suo dritto alla graduazione, in forza della sua iscrizione, dovrebbe sussistere ancorchè i dieci anni dalla sua iscrizione spirassero dopo di questo registro. Ma è impossibile di stabilire veruna ragionevole distinzione, a questo riguardo, fra il creditore spropriante e gli altri creditori iscritti, per la ragion semplicissima che la qualità dello spropriante non cangia la qualità di creditore. Il creditore spropriante, deve, al par di tutti gli altri, per presentarsi utilmente alla graduazione, avere una iscrizione egualmente regolare ed attributiva dei medesimi effetti. Ciò che lo dimostra si è, che un creditore, purchè abbia un titolo autentico ed esecutorio, come risulta dall'articolo 2215 ✳ 2121 del Codice civile, e degli art. 673 o 675 ✳ 755 e 760 del Codice di procedura, può procedere, sebbene non iscritto, alla spropriazione contra il debitore. Il titolo, senza essere iscritto, à sempre l' esecuzione parata.

Bisogna intanto osservare che se vi fosse per parte del debitore una sufficiente consegna, sia pri-

ma, sia dopo il registro menzionato nell' art. 696 ✳ 785 del Codice di procedura, consegna di cui gli esempj son rarissimi, allora la iscrizione otterrebbe il suo effetto legale. Lo scopo dell' ipoteca sarebbe adempiuto, almeno in quanto alle iscrizioni, che al tempo della consegna risalirebbero a meno di dieci anni: non potrebbe allora più quistionarsi di aggiudicazione: solo si tratterebbe di procedersi ad una graduazione. Ma non essendovi consegna, l' iscrizione non ottiene il suo effetto legale che per mezzo dell' aggiudicazione; di sorta che fin là essa dovrebbe mantenersi colla rinnovazione.

Dopo aver così trattata e risoluta la quistione, le raccolte di giurisprudenza han fatta conoscere una decisione della Corte di cassazione, del 31 gennajo 1821, che conferma i principj da me sviluppati. *Denevers anno 1821, pag. 160*. Mi limito a trascriverne i motivi. « Atteso 1.° che la disposizione di questo articolo (2154 ✳ 2048) è assoluta e riguarda essenzialmente l' ordine pubblico; che ne deriva che fino a quando le iscrizioni non abbian prodotto il loro effetto, debbono essere rinnovate nel termine prescritto; in mancanza di che le parti che contraggono sotto la fede della perenzione, non potendo nè dovendo consultare che il registro delle iscrizioni, e delle rinnovazioni onde conoscere l' esistenti, potrebbero essere indotte in errore e rimaner vittime della loro confidenza. Atteso, 2.° che il pignoramento degl' immobili, la denunzia di esso al debitor pignorato, la trascrizione o registro di questi atti alla cancelleria ed all' uffizio della conservazione delle ipoteche non danno alle iscrizioni nè una pubblicità, nè un' effetto capace di adempiere lo scopo della rinnovazione. »

Nella decisione non si dice che la iscrizione non

avrebbe ottenuto il suo effetto che per mezzo dell'aggiudicazione, e che la rinnovazione non avrebbe dovuta esser necessaria dopo, fino al processo verbale dell'apertura di graduazione: ma io credo che ciò risulti abbastanza da quel che ò già detto. D'altronde la Corte di cassazione non doveva giudicar questa controversia. I dieci anni della iscrizione erano spirati prima dell'aggiudicazione. Ma quello che devesi principalmente osservare si è che la quistione fu decisa a questo modo, sebbene i creditori che andarono a soccumbere, avevano essi medesimi pignorato realmente l'immobile.

Dopo aver trattata la quistione, e dopo aver fatta l'aggiunta che or ora si è letta sulla decisione della Corte di cassazione del 31 gennajo 1821, Sirey, *anno 1821, 2. par. pag. 182.* à fatta conoscere una decisione della Corte reale di Parigi, del 19 agosto 1820, la quale à risoluta la quistione cogli stessi principj che forman la base della dissertazione, di cui ò creduto dovermi occupare. La redazione di essa è estremamente accurata, e tutt'i suoi considerandi meritano di essere meditati. Per esser breve ne riferirò soli due.

« Considerando ch'è unicamente nella graduazione, e sull'estratto rilasciato allo spropriante di tutte le iscrizioni esistenti al momento dell'aggiudicazione come il vuole l'art. 752 ✻ 836 del Codice di procedura civile, che le iscrizioni producono il loro effetto legale e deffinitivo coll'esame e discussione che vi subisce ogni iscrizione; come pure è in concorso di tutt'i creditori iscritti, e con conoscenza di causa che il dritto di ciascuno nella graduazione, ed il suo grado sono allora irrevocabilmente fissati e regolati dal magistrato. »

« Considerando che, nella specie, la iscrizione dell'agente del tesoro, sotto la data del 24 luglio 1806, non essendo stata rinnovata prima di

spirare i dieci anni dalla sua data, si è trovata perenta e come se non fosse mai esistita *all'epoca della sentenza di aggiudicazione*, del 5 febbrajo 1818, ed all'apertura della graduazione del 15 maggio seguente, e ch'è conformandosi alla disposizione imperiosa e ben intesa della legge sulla rinnovazione delle iscrizioni che i primi giudici hanno escluso dalla graduazione il credito di cui l'agente del tesoro richiedeva la collocazione. »

Finalmente dopo tutto quello che si è detto ò avuto conoscenza di una decisione della Corte di cassazione, del 9 agosto 1821, che rigetta il ricorso prodotto avverso la decisione della Corte reale di Parigi, del 19 agosto 1820. Si vegga il continuatore di *Denevers*, *anno 1821*, *pag. 495*. La decisione della Corte di cassazione è importantissima. Per ben penetrarsi de' principj ch' essa à consegrati, e delle osservazioni di cui è capace è necessario di qui riportarlo.

« Considerando che l'art. 2154 ✳ 2048 del Codice civile stabilisce cessar l'effetto delle iscrizioni ipotecarie se non son rinnovate al finir dei dieci anni; che questa legge riguarda l'interesse generale e l'economia del sistema ipotecario francese sulla pubblicità delle ipoteche che non può risultare se non dal registro del conservatore e dalle iscrizioni inseritevi; che non si rinviene neppure nei nuovi codici niuna eccezione, in virtù di cui i creditori iscritti sien dispensati dall' obbligo di rinnovarle, quando il termine è spirato dopo la denunzia del pignoramento degli stabili al debitore pignorato; il registro di esso all' uffizio della conservazione delle ipoteche, e la notificazione degli affissi ai creditori sopra indicati; ond'è che ogni creditore soggetto per legge all'obbligazione d'iscrivere, il quale cerca la graduazione con una iscrizione non rinnovata nel termine legale, non può

avvalersi di questa iscrizione come di un titolo valido ed efficace; — Ed *atteso* che non si potrebbe sostenere ragionevolmente che gli atti di procedura di cui si è fatta parola e soprattutti l'intimazione degli affissi fatta ai creditori iscritti pria di spirare i dieci anni, produce una specie di contratto giudiziario fra essi sotto l'ombra del quale la prescrizione sia stata interrotta, e la rinnovazione sia divenuta inutile; poichè in simili atti non altro può scorgersi che le formalità preliminari per la vendita dei beni; ed è chiaro che nè la trascrizione dell'atto del pignoramento all'ufficio della conservazione delle ipoteche, nè la notificazione degli affissi non producono una riconoscenza del dritto reale d'ipoteca e del grado di ciascuno dei creditori cui la notificazione vien fatta. — *Atteso* che la discussione e contestazion vera della lite su questi oggetti non cominciano che quando s'apre la graduazione, epoca in cui ciascuno dei creditori dee presentare i suoi titoli regolari; — *Atteso* che finalmente, costa in fatto che l'agente del tesoro si è presentato al giudizio di graduazione con una iscrizione già perenta al tempo della sentenza di aggiudicazione, del 5 febbraro 1818, e dell'apertura della graduazione, del 15 maggio seguente; *Rigetta*. »

Se si pone mente alla dispositiva di questa decisione, si rimarrà convinto che non altro ne deriva, come pure dalla decisione della stessa Corte, del 31 gennajo 1821, se non che la trascrizione del pignoramento degli stabili, ed il registro dell'affisso indicativo della prima pubblicazione dei capitoli di vendita, non dispensano dalla rinnovazione decennale della iscrizione. Ma queste decisioni, come l'osserva l'autore della raccolta, sull'ultima del 9 agosto 1821, non fan conoscere, in un modo molto preciso, il momento in cui una

iscrizione ipotecaria deve riputarsi di aver prodotto il suo effetto; e nel quale, per conseguenza, cessa l'obbligazione del creditore di rinnovarla. La Corte di cassazione non fu chiamata a giudicare che la iscrizione avesse ottenuto tutto il suo effetto legale al tempo dell'aggiudicazione, poichè nella specie di cui si occupava, i dieci anni a contar dalla iscrizione presa dal tesoro pubblico, erano spirati nel tempo intermedio fra la intimazione dell' affisso e l' aggiudicazione. Si dee dunque conchiudere che la quistione se l' aggiudicazione è, oppur no, il termine in cui cessa la necessità di rinnovar l'iscrizione, è tuttavia indecisa. Nondimeno son le sole decisioni della cassazione che rimangono nell' incertezza; mentre stando alla decisione della Corte reale di Parigi, del 19 agosto 1820, parrebbe che al momento dell'aggiudicazione finisce l'obbligo della rinnovazione. Ora, giusta i motivi da me già esposti, e fino a che non siasi formato a questo riguardo una giurisprudenza costante, io credo dovere persistere nella opinione da me emessa sul fissar questo termine; talchè la rinnovazione non è più necessaria nell'intervallo dall' aggiudicazione all' apertura della graduazione.

È vero che il decisionista, dal quale ò ricavata la decisione del 9 agosto 1821, non crede doversi arrendere a quella decisione. Ma noi non sapremmo adottare i motivi ch' egli ne dà. Ei suppone che la graduazione non può farsi, se non molto tempo dopo dell' aggiudicazione; e trova molto straordinario che, in questi casi i creditori possan presentarsi alla graduazione con iscrizioni che risalgono a più di dieci anni. Non vi è nulla di straordinario in ciò, s'egli è vero, come credo di averlo stabilito, che dall' istante dell' aggiudicazione l'esercizio dell'ipoteca è finito; che la graduazione è una conseguenza, una esecuzione

dell'aggiudicazione, e che si fa giusta lo stato delle cose esistenti al tempo dell'aggiudicazione, e secondo i dritti acquisiti respettivamente, in quell' epoca.

Il mio lavoro era in questo stato, e questo paragrafo era già sotto i torchi, quando la Corte reale di Riom *1. camera civile*, all'udienza del 4 marzo 1822, dopo matura deliberazione à emessa una decisione che tratta la quistione in massima.

La specie della decisione era la seguente. Giuseppe Vacher aveva sofferta una spropriazione dei suoi beni stabili ad istanza degli eredi Flat. L'iscrizione di questi eredi, su i beni del loro debitore, era del 7 settembre 1807. L'aggiudicazione dei beni seguì il tre febbraro 1817. Questa iscrizione era allora in vigore, poichè non sarebbero scorsi dieci anni, prima del dì 7 settembre 1817. Ma i dieci anni erano spirati prima di aprirsi la graduazione senza che si fosse rinnovata la iscrizione.

Quando si dovè procedere alla graduazione; Antonietta Touset, moglie di Giuseppe Vacher, vi si presentò e domandò di essere collocata colla data del suo contratto di matrimonio, del 30 *pluviose* anno 8, (20 febbrajo 1800) per le sue competenze, alcune dotali ed altre parafernali. (Gli sposi si eran maritati colla regola dotale). Gli eredi Flat si opposero alla collocazione fatta dai primi giudici a favore della signora Vacher per le sue competenze estradotali, in preferenza dei loro crediti. Essi sostennero che, per dritti di questa natura la donna maritata era soggetta alla formalità della iscrizione; e che non era esente dalla iscrizione se non per la dote e convenzioni matrimoniali. Questa donna aveva presa iscrizione pei suoi dritti, sien dotali, sieno stradotali; ma ciò avvenne nel mese di novembre dell'anno 1821 al momento che si apriva la graduazione. Ora, siffatta iscrizione era inefficace, perchè tardiva, a

fronte di quella degli eredi Flat, poichè questa era del 7 settembre 1807. La sposa Vacher addusse, per mezzo principale di sua difesa, che l'ipoteca legale delle mogli esisteva, indipendentemente da qualsivoglia iscrizione, tanto pei dritti dotali che per gli stradotali; il che fu oggetto di vivissima discussione. Ma innanzi alla Corte essa sostenne, per isterilire l'effetto dell'anteriorità della iscrizione degli eredi Flat, che questa iscrizione doveva aversi come se non fosse mai esistita; poichè era perenta: sostenne ch'era indifferente che fosse in vigore il tre febbraro 1817, epoca dell'aggiudicazione, che, onde avesse perduto tutto il suo effetto, basterebbe che risalisse, in tempo dell'apertura della graduazione, a più di dieci anni, senza essersi rinnovata. Questo sistema di difesa fece nascere una seconda quistione del pari importante.

Queste due quistioni furon giudicate con una medesima decisione. La dispositiva di questa decisione, relativa alla prima quistione, sarà riferita nel capo 3 di questa prima parte, ove parlo delle *ipoteche legali*; ed attesa l'importanza della seconda quistione che ora ci occupa, trascrivo i motivi della decisione che la riguardano.

« Per ciò che concerne la seconda quistione elevatasi in appello, se, cioè, l'iscrizione presa dagli eredi Flat su i beni di Giuseppe Vacher, del sette settembre 1807, debba dichiararsi come non avvenuta, perchè perenta quando si aprì la graduazione.

« Considerando che su questo assunto vi è un principio costante, stabilito da molte decisioni della Corte di cassazione, che la rinnovazione della iscrizione diviene inutile, appena ch'essa à ottenuto il suo effetto legale; — Considerando che quando trattasi di spropriazione dei beni del debitore, la iscrizione à prodotto il suo effetto legale all'i-

stante dell' aggiudicazione; e che l'esercizio dell' ipoteca per parte dei creditori deve portarsi fino a quel punto; — Ch' effettivamente la vendita giudiziaria per espropriazione è l' unico scopo dell'ipoteca; che dal momento di questa vendita l'immobile vien liberato da tutte le ipoteche che si cangiano in azioni sul prezzo; — Che la graduazione per la distribuzione di questo prezzo, in qualunque epoca avvenga, non è che la esecuzione dell' aggiudicazione dopo della quale tutto è compiuto; — Che se, all' epoca della graduazione, trattasi di determinare l' ammontar dei crediti, questa determinazione si fa a seconda dei dritti acquisiti da ciascuno dei creditori al momento dell'aggiudicazione, dopo della quale i dritti sono immutabilmente fissati; — Che non si scorge la necessità d' iscriversi contra un debitore che à cessato di essere proprietario dell' immobile ipotecato, il quale passa in testa dell' aggiudicatario, che n' è il proprietario in nome e parte de' creditori che devono, nè possono far altro che dividersi il prezzo; — *Atteso*, infine, che l' aggiudicazione essendo del tre febbraro 1817, l' iscrizione degli eredi Flat era allora in vigore, poichè essa è del sette settembre 1807; ec. »

(Una iscrizione presa per la prima volta dopo dell' aggiudicazione, sarebbe inutile.)

109. Da quel che si è detto si deduce la conseguenza che, l' iscrizione presa per la prima volta da un creditore, il sarebbe tardi se fosse presa dopo l' aggiudicazione, L' esercizio di tutt' i dritti reali d' ipoteca finisce coll' aggiudicazione, e ciò a favore dei creditori iscritti in quest' epoca ed esclusivamente da tutti gli altri. Il fondo diviene la proprietà de' creditori iscritti, salvo la ripartizione

del prezzo fra essi, non potendo ripartirsi l'immobile. Non si può prendere una iscrizione contra il debitore, per ragione del fondo aggiudicato, poich' esso non n' è più il proprietario, come già si è detto. In fatto di vendita volontaria, la trascrizione, (salvo i quindici giorni prescritti dall' art. 834 ✳ 917 del Codice di procedura) purga il fondo dalle ipoteche non iscritte prima, e come non sarebbe lo stesso dell'aggiudicazione? Ella porta seco contemporaneamente la perdita della proprietà per parte del debitore, e la purgazione delle ipoteche non iscritte. È per effetto di questa idea che, quando dalla sezione legislativa del tribunato fu fatta la discussione dell'art. 752 ✳ 836 del Codice di procedura civile, che prescrive che la parte istante farà spedire dal giudice commessario un' ordinanza colla quale sarà aperto il processo verbale di graduazione, a cui dovrà unirsi un estratto rilasciato dal conservatore delle ipoteche, contenente tutte le iscrizioni esistenti, quella sezione desiderava che si fossero aggiunte alla parola *esistenti* queste parole *al momento dell' aggiudicazione*, per ricordare, essa dicea, che dopo la l'aggiudicazione non può esservi iscrizione utile. Quest' addizione non fu rigettata. Dal seguito della discussione si conosce che la sezione del tribunato credendo di migliorar la legge, avea proposti otto nuovi articoli in uno dei quali vi era l' addizione di cui ò fatto parola: « Saran collocati nel terzo grado, e coll' ordine delle loro iscrizioni i crediti ipotecarj *purchè le iscrizioni siensi prese prima dell' aggiudicazione.* » La proposta di questi articoli era preceduta da molte osservazioni che venivano a sostenerli; l' aggiunzione è giustificata e l' oratore del tribunato la cleva a massima nel suo discorso. Egli fa conoscere il perchè le aggiunzioni proposte dal tribunato non divennero altret-

tante disposizioni legislative. Non è già che non fossero giuste: ma esse potevano produrre una superfluità capace di far nascere degli errori nella loro applicazione. « Quando trattasi, ei diceva, di quistioni soggette alle ipotesi, ed alle circostanze che possono variare all'infinito, una troppo grande previdenza del legislatore potrebbe farlo cadere *in ingiuste limitazioni*. La legge allora è tanto migliore, per quanto lascia ai tribunali una certa latitudine per l' applicazione delle regole fondamentali che non possono ignorarsi. (*a*) » Effettivamente non v' ha nulla di più giusto in una infinità di casi, e specialmente in quello di cui si tratta. Vi sarebbe stato un inconveniente nell'inserire nell' art. 752 ⁜ 836 le parole, *al momento dell' aggiudicazione*. Una disposizione così assoluta avrebbe fatto supporre la necessità di una iscrizione esistente in quel tempo, per ogni qualunque ipoteca, ed anche per le legali esenti dall'obbligo della iscrizione; mentre ben si ravvisa che io ho inteso di fare eccezione, per queste ipoteche, alla regola da me stabilita. Queste iscrizioni possono trovarsi a tempo prima della graduazione. L' aggiudicatario, al pari dell' acquirente volontario, che à trascritto, può benanche provocarle prima di farsi la graduazione, come io altrove mi spiego. In una materia così complicata convien fare relativamente a molti articoli un' applicazione distributiva delle regole secondo le circostanze, e le ipotesi diverse. Alcuni articoli contengono principj particolari, e bisogna conciliarli con quelli che presentano principj generali.

(*a*) Intorno a tutto quello che si è detto può riscontrarsi l' eccellente opera del signor Locré, *Esprit du Code de procédure, tom. 3, art. 752 e 755.*

(Le difficoltà su i due numeri precedenti son tali che fanno desiderare una disposizione legislativa.)

110. O' data molta estensione alla discussione delle due quistioni che fan l' oggetto de'due numeri precedenti e che si riportano allo stesso principio. Queste due quistioni ne eran capaci. Nondimeno io non posso dire di aver data una soluzione sicura. I progressi fatti dalla giurisprudenza son giunti a stabilire che l' iscrizione non produce tutto il suo effetto legale col registro voluto dall' art. 696 * 785 del Codice di procedura: ma non si ànno ancora argomenti sufficienti per determinare se l'istante in cui questo effetto legale si ottiene sia quello dell' aggiudicazione o quello dell' apertura del giudizio di graduazione. Il tribunato opinò dover essere l' aggiudicazione: ma questa opinione non è stata elevata in massima dalla legge; nè si può dire che sia stata rigettata.

A ciò si aggiunge una nuova riflessione. La sentenza di aggiudicazione può essere impugnata colla via dell' appello, ed a produr questo appello vi sono tre mesi di tempo, come nei casi ordinarj. È possibile che la sentenza sia annullata. Ora, in queste circostanze che mi pare di non essere state prevedute, le difficoltà crescono. Nel tempo più o meno lungo che può trascorrere fra la sentenza di aggiudicazione e quella che pronunzia sull' appello, ed anche fra una prima aggiudicazione, ed una seconda se la prima fosse annullata, i dieci anni, nel corso de' quali sarà stata presa la iscrizione, possono spirare. A me pare che, per essere conseguente al principio ammesso, che l' aggiudicazione è il termine in cui l' iscrizione ottiene il suo effetto legale, bisognerebbe dire che nel caso di appello dalla sentenza di aggiudicazione, ove per

conseguenza di questo appello la sentenza fosse annullata, l' effetto legale della iscrizione non si otterrebbe che alla seconda aggiudicazione. La ragione si è che l' appello sospende l' esecuzione, e che l' annullamento dee far riguardare la sentenza annullata, come se non avesse prodotto alcun effetto, anzi come se non avesse mai esistita. Ciò non ostante dovrebbe dirsi che se, in grado di appello, la sentenza di aggiudicazione fosse confermata, e che quando i dieci anni d' una iscrizione fossero spirati tra la sentenza di aggiudicazione e quella che la conferma, la iscrizione otterrebbe il suo effetto legale fin dall' istante della sentenza di aggiudicazione. Ciò deriverebbe dal principio generale, che la conferma di una sentenza impugnata coll' appello à un effetto retroattivo al giorno medesimo della sentenza confermata.

Ma queste non sono che opinioni. L' interesse personale farà sempre nascere delle divergenze fra queste opinioni; ed io non so dissimulare il mio desiderio che, se mai la legge dovesse rivedersi, una disposizione legislativa indichi il punto in cui la iscrizione à adempiuto il suo scopo, ed ottenuto il suo effetto legale o che questo punto sia l' atto enunziato dell' art. 696 ✳ 785 del Codice di procedura, o la sentenza di aggiudicazione, o infine il processo verbale dell' apertura della graduazione. Fraditanto non mi è permesso dir altro se non ch'esige la prudenza che i creditori mantengano in vigore le iscrizioni fino a quest' ultima epoca.

(Un debitore può dare in ipoteca un fondo pignorato dopo che il pignoramento gli è stato denunziato?)

111. In tutto quello che ò detto, ò supposto che il titolo costitutivo dell' ipoteca fosse anteriore al pignoramento dell' immobile. Ma questa discussione

conduce ad un altra importante controversia. Trattasi di conoscere se dopo un pignoramento di stabili, e se dopo la denunzia di questo pignoramento al debitore, questi possa darli in ipoteca, e se il creditore possa validamente prendere iscrizione per tale ipoteca.

La difficoltà è nell' art. 692 ✳ 771 del Codice di procedura. Ivi è detto : « A contare dal giorno in cui vien denunziato il pignoramento, il debitor pignorato non può alienare gl' immobili, sotto pena di nullità da incorrersi senza bisogno di pronunziarla. » Può ben ravvicinarsi questo art. 2124 ✳ 2010 del Codice civile, il quale prescrive che non possono contrarre ipoteche convenzionali se non coloro che hanno la *capacità di alienare* gl' immobili che vi sommettono. Da questo ravvicinamento si può conchiudere che il debitor pignorato il quale si trova nel caso indicato dall'art. 692 ✳771 del Codice di procedura è privo della facoltà d' ipotecare il fondo pignorato per esser privo di quella di alienare, l' una di queste facoltà sembrando di essere subordinata all' altra.

Quel che prova che siffatta quistione presenta delle difficoltà si è che gli autori, da me conosciuti, son diversi di opinione nel trattarla. Il sig. Tarrible, *Rep. de jurisp.* alla parola *Saisie immobil.* §. 6. art. 1. n. 14, sembra che supponga che il debitore pignorato può ipotecare ; che questa nuova ipoteca non nuoce ai creditori che sarebbero come creditori chirografarj, i quali concorron solo al contributo, poichè il loro dritto sarebbe stato sempre lo stesso, così prima come dopo della nuova ipoteca, non cangiando mai la loro qualità di creditori. Il sig. Delaporte *tom.* 2 *pag.* 299 ragionando sull' art. 692 ✳ 771 fa osservare che la parola *alienare*, va presa nel suo proprio significato, vale a dire, ch' essa non esprime se non il trasferimento

della proprietà. Pigeau, *tom.* 2 *pag.* 219, e dello stesso avviso. Ma il sig. Carré, la cui opinione à certamente un gran peso, è di avviso contrario. Secondo lui, l'art. 692 ✳ 771 del Codice di procedura, interdicando al pignorato la facoltà di alienare, gl' interdice con ciò quello d'ipotecare. Egli si fonda tanto sull' art 2124 ✳ 2010, del Codice civile, che eguaglia perfettamente l'ipoteca convenzionale alla vendita volontaria, quanto sull' art. 2146 ✳ 2040 dello stesso Codice.

Io non so decidermi per l' avviso del sig. Carré. L' art. 2146 ✳ 2040, mi pare inapplicabile alla specie. Questo articolo è relativo ai falliti, e certamente non si può paragonare un debitor pignorato ad uno dichiarato fallito: vi è molta distanza dall' uno all' altro. Quanto all' argomento dedotto dall' art. 2140 ✳ 2010, io nol credo esatto. Nel numero 31, e seguenti di questo trattato, ò professato il principio, a norma di questo articolo, e del disposto dalle leggi romane che la facoltà d'ipotecare era una conseguenza di quella di alienare; ma in quale senso me ne sono io spiegato? É principalmente nel senso della *capacità* relativa alle persone; come sarebbero i minori, gl'interdetti e le donne maritate. Ma tranne le quistioni concernenti questa capacità, ed essendo dimostrato che il legislatore à presa la parola di *alienare* nel suo significato proprio ed assoluto, astrazion fatta dalla parola di *ipotecare* allora conviene esaminare e valutar la legge per un'altra parte. A me pare indubitato che per questa parte l'art. 2124 ✳ 2010 non può servir di commentario all'art. 692 ✳ 771. del Codice di procedura. Considerando la interdizion di alienare per parte della cosa, ed in principio generale, è certo ch'è lo stesso della facoltà d'ipotecare. Quindi le cose che non sono in commercio, o che non appartengono a colui che si obbliga non possono essere ipo-

tecate: ma ecco quello che non si può dire del debitore pignorato: egli è sempre il proprietario del fondo. Se è provato che in un certo caso la legge lo priva della facoltà di alienare, per ragioni estranee alla facoltà d'ipotecare, convien restringere la interdizione al caso particolare, ch'è quello propostosi dal legislatore, è non già estenderlo.

Ora, è fuor di dubbio che se l'art. 692 ✳ 771 interdice la vendita convenzionale del fondo pignorato è solo perchè questa vendita arresterebbe una procedura già cominciata senza che il debitore si fosse liberato dal debito, e che sovente bisognerebbe ricominciarne una nuova contro l'acquirente che al suo giro, potrebbe anche arrestare un nuovo pignoramento rivendendo il fondo ad un altro; il che moltiplicherebbe all'infinito le precedure e le spese. Ciò è tanto vero che se il debitore o l'acquirente pagano tutt'i crediti iscritti, o consegnano una somma capace di saldare i crediti iscritti, la vendita, ancorchè fatta dopo la denunzia del pignoramento, sarà sempre valida. Tutto questo allontana l'applicazione dell'art. 2124 ✳ 2010.

D'altronde i motivi che han determinato il legislatore a togliere al debitore la facoltà di alienare il fondo pignorato, non esistono per far interdire una costituzione d'ipoteca che non è di ostacolo al corso della procedura di spropriazione forzata, e che non offende i dritti de' creditori iscritti. In ordine ai creditori chirografarj, il legislatore non poteva prenderli di mira nell'art. 692 ✳ 771, mentre a norma degli art. seguenti, la vendita del fondo pignorato è valida, anche dopo la denunzia, purchè i creditori iscritti sien soddisfatti.

Finalmente, quel che prova interamente, nel linguaggio della legge l'interdizione di alienare non produce sempre e necessariamente l'interdizione d'ipotecare si è, che giusta l'art. 443 ✳ 435 del

Codice di commercio le ipoteche date dal fallito ne' dieci giorni che precedono l' apertura del fallimento sono nulle di pieno dritto; e che giusta l'art. 444 ✳ 436 dello stesso Codice, qualsivoglia atto traslativo di proprietà fatto dal fallito nella stessa epoca, sono capaci soltanto di essere annullate, ove sembra ai giudici esservi sospetto di frode.

Potrebbe impugnarsi l' ipoteca data da un debitore pignorato, dopo la denunzia del pignoramento, se fosse ben certo che egli si trovi in uno stato di vera *insolvibilità*, *o decozione*, e che vi sieno circostanze di dolo e di frode; per questa parte basta a me di rinviare a quel che son per dire nel paragrafo seguente sullo stato *d' insolvibilità* in opposizione a quello di fallimento. Io qui mi occupo della controversia in dritto, senza incaricarmi delle circostanze.

Dopo aver così ragionato è venuto a mia conoscenza la decisione della Corte reale di Parigi, del 19 agosto 1820, che ò già citata verso la fine del numero 108. Questa importante decisione giudica che la iscrizione debba esser mantenuta colla rinnovazione, fino all' aggiudicazione che segue la spropriazione forzata. Nei *considerando* di questa decisione vi si enunziano principj che servono di sostegno alla mia opinione. » Considerando, vi si dice, che il pignoramento degl' immobili, e la denunzia che n' è fatta al debitore non distruggono il dritto di proprietà di questo debitore; ma modificano soltanto il libero esercizio de' di lui dritti; ch' egli conserva sempre la facoltà *di prendere ad imprestito e d'ipotecare*, ed anche di alienar validamente l'immobile pignorato, se, prima dell'aggiudicazione, l'acquirente consegna, a termine dell'art. 693 ✳ 772 del Codice di procedura civile una somma sufficiente per saldare i creditori iscritti in tempo dell' alienazione. »

(Quando la rinnovazione della iscrizione diviene inutile nel caso di una vendita volontaria seguita dalla trascrizione.)

112. Esamino ora la terza quistione da me proposta nel num. 106. Essa riguarda i casi della vendita volontaria del fondo gravato da ipoteche, seguita dalla trascrizione per parte del creditore.

S' incorrerebbe in un errore gravissimo se si volesse paragonare, in quanto agli effetti, la trascrizione del contratto di vendita *alle lettere di ratifica* che avevan luogo, vigente l' editto del 1771. Le opposizioni esistenti quando dovevan suggellarsi *le lettere di ratifica* producevano irrevocabilmente il loro effetto. Siffatte lettere non eran suggellate se non col peso di queste opposizioni, e queste opposizioni si convertivano in azioni sul prezzo. Bisogna quindi fare attenzione che, sotto l' impero di questo editto, gl' incanti, ove eranvene, precedeva le *lettere di ratifica*, ed in questo caso, il maggior offerente, che non fosse stato l' acquirente, si faceva autorizzar dal giudice ad ottenere in nome di lui le *lettere di ratifica*. Allora più non si trattava di consegnare. Ma non è la stessa cosa coi principj stabiliti dal Codice civile. La trascrizione, giusta l' art. 2182 ✱ 2076 di questo Codice, non è che un atto preparatorio per giungere a liberare il fondo dalle ipoteche. Di ciò che si è detto può rimanersi convinto confrontando gli art. 6 e 7 dell' editto del 1771, coll' art. 2182 ✱ 2076. La trascrizione non cangia lo stato delle cose, come prima era, in questo senso, cioè, che l' acquirente è più obbligato di soddisfare i crediti iscritti che non lo erano stato; mentre coll' editto del 1771, il suggello delle lettere e le opposizioni ch' esse producevano, formavano un contratto fra i creditori opponenti e l' acquirente, o il maggiore offerente in

caso d'incanto. Nondimeno la trascrizione produce l'effetto di arrestare il corso delle iscrizioni, o almeno di limitar questo corso allo spirar dei quindici giorni, e sotto questo rapporto si dice che la trascrizione, purga le ipoteche, per le quali non vi è stata iscrizione prima della trascrizione o dello spirar dei quindici giorni. Ma ciò è estraneo alle iscrizioni esistenti al tempo della trascrizione, o prima di finire i quindici giorni. Riguardo a queste, vi bisogna uno stato di cose diverso da quello che risulta dalla semplice iscrizione, perchè si formi un contratto tra l'acquirente, ed i creditori iscritti, ne derivi l'inutilità della rinnovazione dell'iscrizione. Ora, questo stato di cose non potrebbe risultare che dalla intimazione fatta dall'acquirente ai creditori iscritti, del contratto di vendita e della trascrizione, a termini dell'art. 2183 ✳ 2082. È questo il parere del sig. Persil *Reg. hypoth art. 2154 n. 4 e 5*, e del sig. Battur, *Traité des hypoth tom. 1. pag. 459*. Se, dice Battur, del quale io riferisco l'espressioni poichè non avrei potuto che ripeterle, se invece, di denunziare l'acquisto fatto ai creditori iscritti l'acquirente si limita a farne la trascrizione, la posizione de' creditori iscritti non si cangia. Fino a che il certificato delle ipoteche non è rilasciato, *e la denunzia non è fatta* la iscrizione dev' essere rinnovata, e per l'interesse *del terzo acquirente*, e per quello dei *creditori*, poichè gli uni e gli altri potrebbero credere che questa iscrizione è irrevocabilmente annullata, e che lo stesso conservatore non sarebbe obbligato di inserirla nello stato delle iscrizioni esitenti. Potrebbe dunque opporsene la perenzione, sia dai creditori iscritti, sia del terzo acquirente. »

Io so che molte persone, e più a Parigi che nelle provincie sono imbevute dell'idea che la rinnovazione dell'iscrizione diviene inutile esistendo in tutto

il suo vigore all' epoca della trascrizione, e la notificazione, sebbene i dieci anni spirassero fra la trascrizione e la notificazione ai creditori. Alcuni fanno una distinzione fra il caso in cui vi sia stato concorso di creditori iscritti, de' quali certi han fatto perimere le loro iscrizioni, e certi le han mantenute colle rinnovazioni; ed il caso in cui non vi è che un creditore o più, le cui iscrizioni esistevano al tempo della trascrizione e ch' essi han fatta perimere senza il concorso di altri creditori; talchè l'acquirente si trovi solamente a fronte di questi ultimi creditori. Nel primo caso si conviene che quando vi è una notificazione per parte dell' acquirente i creditori iscritti a tempo di questa notificazione, soli debbono avere diritto al prezzo, esclusivamente dai creditori, le iscrizioni dei quali sarebbero perente in quell' epoca, Ma si sostiene che ove non vi fosse stata notificazione, ed ove non vi rimangano se non creditori le iscrizioni de' quali son perente prima che questa intimazione abbia luogo, i creditori, ad onta di questa perenzione, conservano sempre un dritto di spropriazione sull' immobile. Dicesi che in questo caso l' acquirente rimane obbligato verso questi creditori, poich' egli ha conosciuto o dovuto conoscere le iscrizioni, e ch' egli non ha potuto quindi liberare, trattando col debitore che ha venduto, in pregiudizio di queste iscrizioni.

Ma tutte queste idee non si conciliano coi principj ipotecarj.

In ordine ai creditori fra loro e relativamente ai loro rispettivi interessi la quistione non è ella capace di dubbj. La preferenza fra questi creditori non altrimenti può regolarsi se non sulle iscrizioni che hanno acquistato il loro effetto legale. Ora, se le iscrizioni sono in vigore all' epoca delle notificazioni per parte dell' acquirente, esse hanno acquistato il loro effetto legale, che vien prodotto dal contratto

che formasi allora tra l' acquirente ed i creditori iscritti.

Ma se le iscrizioni, perente all' epoca delle notificazioni, non possono produrre verun effetto rapporto ai creditori le cui iscrizioni trovansi in pieno vigore al tempo delle intimazioni, esse non possono avere più effetto rapporto all' acquirente che non notifica. Esse non legano in modo alcuno, e sono incapaci d' impedirgli di liberar il fondo quando è fra le sue mani se non vi sono pignoramenti e sequestri di ciò che potrebbe esser dovuto. Di maniera che non potrebbe essere convenuto per un dritto reale sul fondo, poichè questo dritto più non esiste dal momento della perenzione delle iscrizioni.

Perchè si rimanga convinto di questa verità basta risalire ad un principio quanto semplice altrettanto certo. Non vi è ipoteca, propriamente detta, e quindi dritto reale sul fondo, se non quando l' ipoteca ha avuta la sua efficacia dalla iscrizione. Se si tratta di agire contro un terzo possessore che non vuol trascrivere per liberare il fondo dalle ipoteche, i creditori possono costringerlo a pagare o rilasciare, colla intimazione che gli possono fare, a termini degli articoli 2169 e 2183 ✻ 2063 e 2082. Ma questo dritto è dei soli creditori iscritti: questi articoli non possono separarsi dagli articoli 2166 e 2168 ✻ 2060 e 2061, de' quali sono le conseguenze. Ora, nell' art. 2166 ✻ 2060 si dice: « I creditori che han privilegio o ipoteca *iscritta* sopra un immobile, in qualunque mano questo faccia passaggio, conservano sopra di esso di essere graduati e pagati ec. » E nell' art. 2167 ✻ 2061 si legge: « Se il terzo possessore non adempia alle formalità che verranno stabilite in appresso, onde render libera la sua proprietà, *in vigore della sola iscrizione*, rimane obbligato, ec. » Se si trattasse di esercitare un' azione ipotecaria che, come io lo stabilirò nella sezione 1.ª

del 1.° cap. della 2.ª parte, è divenuto inutile pel solo effetto della iscrizione e che attualmente non può aver luogo se non per la interruzione della iscrizione dell' ipoteca è manifesto che quest' azione non potrebb' essere esercitata che da un creditore ipotecario *iscritto*.

L' acquirente che trovasi nel caso di cui si tratta, non trovasi nella circostanza del terzo possessore di cui ho parlato, poichè egli ha fatto trascrivere il suo contratto di acquisto: ma è giusto perchè egli ha trascritto che trovasi in una circostanza più vantaggiosa. Ed in fatti, dall' unione della trascrizione e della perenzione che sopravviene in seguito della iscrizione esistente al tempo della trascrizione, ne risulta la liberazione dell' ipoteca, l' iscrizione della quale è perenta. Ciò è incontrastabile, mentre la conseguenza certa dall' art. 2154 ✳ 2048 si è che ogn' iscrizione perde tutto il suo effetto, nel modo stesso come se non avesse mai esistita. Da una sana interpetrazione di questo articolo si ha che la iscrizione conserva il suo effetto senza rinnovazione, dacchè essendo in vigore ha ottenuto il suo effetto legale. Ma unicamente in questo caso, e nella specie in cui si tratta, l' iscrizione non ha potuto ottenere il suo effetto legale. È impossibile di dargli questo vantaggio in forza della sola iscrizione. Questo atto puramente materiale, non cangia la situazione dell' acquirente, e non forma verun contratto fra lui e i creditori allora iscritti.

Perchè l' acquirente che ha semplicemente trascritto impugni le iscrizioni perente dopo siffatta trascrizione e perchè possa opporsi ad ogni procedura diretta contro di lui in virtù di tali iscrizioni, bisogna ch' egli vi abbia un interesse leggittimo, dapoicchè intendo allontanare anche l' ombra di pratiche frodolenti. Ora, questo interesse è sensibile. Spirando i dieci anni il fondo acquistato è li-

bero dalle ipoteche. Giacchè non vi è differenza fra un' ipoteca per la quale si fosse presa una iscrizione esistente all' epoca della trascrizione, ma i dieci anni della quale spirassero prima della notifica ai creditori ed ogni altra ipoteca per la quale non si fosse presa iscrizione prima della trascrizione, o almeno prima di spirare i quindici giorni a questa consecutivi. Appena i dieci anni della iscrizione sono spirati, l' acquirente è al coperto da tutte le domande di vendita all' incarico, e dall' essere spogliato dal fondo per effetto di un' aggiudicazione giudiziaria che potrebbe esserne la conseguenza.

Ma può esservi per lui anche un interesse maggiore. Ciò accaderebbe se al momento dell' acquisto, e prima della trascrizione avesse pagato tutto il prezzo o parte di esso. Bisogna convenire che secondo lo spirito della legge, l' acquirente si presume di non aver pagato a fronte de' creditori; ma questa presunzione deve cedere alla verità. S' egli ha pagato tutto il prezzo o parte di esso, ben si vede che la perenzione della iscrizione, la quale d' altronde fa presumere l' estinzione del credito, egli è esente dalle inquietitudini che potrebbe destargli la parte di una domanda in garantia contro il suo creditore.

Nè questo è tutto. Vi potrebbero essere più vendite successive, dopo la prima vendita fatta da colui a danno del quale esistono le iscrizioni; e può stare che nen si sieno fatte trascrizioni per ciascune di queste vendite. Questi esempj non sono rari, e specialmente nelle provincie ove le vendite si fanno quasi sempre isolatamente, senza ricordar le antetecedenti in modo che la trascrizione dell' ultimo contratto non può essere operativa che per questo solo contratto. Ora, s' intende quanto i precedenti compratori che avessero pagato tutto il prezzo o

parte di esso, sarebbero interessati a far valere la perenzione delle iscrizioni esistenti all' epoca della trascrizione.

I creditori che le avrebbero prese sarebbero ridotti a far sequestro o pignoramento presso il compratore, come debitore, non essendovi altri creditori le cui iscrizioni sarebbero in vigore. Ma il dritto risultante dalla facoltà di far sequestri e pignoramenti è differente di quello che risulta dalle iscrizioni in vigore.

Vigente l' editto del 1771 l' acquirente che aveva pagato il prezzo della vendita in tutto o in parte, e che quindi otteneva le lettere di ratifica, prima che fossero spedite poteva egli stesso fare opposizione per sicurezza della sua garantia, in ragion del ricupero delle quantità pagate, ed aveva un' ipoteca sul fondo acquistato a datar dal contratto di vendita, perchè allora l' ipoteca era generale; esisteva senza stipulazione e senza specialità, aveva il diritto di far valere la nullità delle altre opposizioni, perchè riuniva in lui due qualità, quella di acquirente e quella di creditore. Non si sa perchè non debba essere ora lo stesso sebben l' acquirente non possa prendere iscrizione per ciò che ha pagato del prezzo. L' interesse esiste e questo interesse si riunisce al dritto desunto dall' articolo 2154 * 2040.

Del resto, rapporto ai dritti rispettivi dei creditori credo poter dire che la Corte reale di Parigi, con decisione del 29 agosto 1815, rapportata da Sirey, *tom.* 16, 2.ª *par. pag.* 176 a' giudicato che la notificazione per parte dell' acquirente ai creditori iscritti era il solo istante in cui le iscrizioni ottengono il loro effetto legale, e non quello della trascrizione. Ecco la specie di questa decisione. Il sig. Demay, creditore ipotecario del sig. Durand aveva presa iscrizione il 16 *messidor* anno 11 (15 luglio 1803). L' immobile ipotecato era stato venduto dal sig. Durand nell' anno 13 (1805). L' acquirente

aveva fatto trascrivere il suo contratto il 15 giugno 1809, e l'indimane aveva fatto notificare i creditori iscritti. Una graduazione erasi aperta il 27 agosto 1813. Il sig. Demay vi si presentò e chiese di esser collocato pel suo credito coll'epoca della sua iscrizione. Due creditori, si opposero dicendo che l'iscrizione contava più di dieci anni di data, che all'apertura della graduazione era perenta, e che quindi il sig. Demay aveva perduto il suo grado. Il tribunale fece dritto a questo mezzo di difesa: ma in grado di appello la sentenza fu annullata. ec. Considerando, è detto nella decisione, che le vendite di cui si tratta sono state fatte nei dieci anni dalla data della iscrizione del sig. Demay, *e che le notificazioni atte a liberare il fondo hanno avuto luogo nello stesso spazio di tempo.* » Non la trascrizione; ma le notificazioni han deciso.

(Modificazione importante sulla risoluzione della presente quistione.)

113. Ma quel che si è detto è capace di una importantissima modificazione. Esso non potrebbe applicarsi riguardo agli acquirenti successivi del fondo ed ai creditori personali di questi medesimi acquirenti. Supponghiam quindi che *Pietro* abbia venduto a *Giacomo* un immobile per 50,000 fran. e che vi sieno stati i creditori di *Pietro* le iscrizioni dei quali fossero ancora in vigore, perchè avessero meno di dieci anni quando *Giacomo* avesse fatto notificare ai medesimi creditori di *Pietro* il suo contratto di compra o la seguita trascrizione: tutti questi creditori avrebbero dritto di perseguitare il fondo in man di *Giacomo* per le ragioni già ora dedotte. Eglino conserverebbero questo dritto senza essere obbligati a rinnovar le loro iscrizioni, anche riguardo agli altri creditori di *Pietro* che avessero rinnovate le

loro iscrizioni prima di terminare i dieci anni. Tale rinnovazione non darebbe a questi niun vantaggio sugli altri. I dritti rimangon tali quali erano al tempo della notificazione della vendita ai creditori di *Pietro*.

Supponghiamo adesso che *Giacomo* abbia rivenduto lo stesso fondo a *Paolo*, e che questi lo abbia rivenduto a *Giovanni*; supponghiamo ancora che *Paolo* prima, e poi *Giovanni* abbian successivamente dato in ipoteca lo stesso fondo di cui eran divenuti proprietarj; allora vi sarebbe un nuovo ordine di cose. Questi compratori successivi, o i loro rispettivi creditori, nel loro particolare interesse, e per procurarsi la stabilità gli uni delle loro compre, gli altri dei loro crediti si presenterebbero all'ufficio della conservazione delle ipoteche, onde conoscere le iscrizioni che gravitano sul fondo che dovrebbe esser loro trasmesso o ipotecato. Eglino debbono conoscere che il fondo può essere gravato non solo dalle ipoteche esistenti a danno dell' attual proprietario, ma anche da quelle esistenti a danno dei proprietari precedenti. Quello dunque, cui verrà dato il fondo in ipoteca, chiederà l' estratto delle iscrizioni che saranno state prese dai creditori di questi antichi proprietarj, dei quali indicherà i nomi al conservatore. Ma egli saprà ancora che, onde queste iscrizioni affliggano l'immobile, la loro data non dee risalire a più di dieci anni, ed in conseguenza si limiterà alla conoscenza delle iscrizioni prese in questo termine. In quanto al compratore, egli dovrà conoscere che non basta il non esservi iscrizioni in vigore, al momento della trascrizione, e che quel che dovrà fare col suo venditore dipende dallo stato delle iscrizioni che si trovano prese prima di spirare i quindici giorni a contar da questa trascrizione.

Ma se, rapporto a colui che dee divenir creditore

dell' ultimo proprietario, non si rinvengono che iscrizioni a danno degli antichi proprietarj, già perente; e se rapporto a colui che compra da quest' ultimo proprietario, non vi sono iscrizioni in vigore per parte dei creditori di questi antichi proprietarj al momento di spirare i quindici giorni susseguenti alla trascrizione; allora tutte le antiche iscrizioni non possono inceppare nè i creditori nè questo compratore. Laonde i creditori di *Pietro* iscritti sul fondo comprato da *Giacomo* non avrebbero dritto di addentar questo fondo, riguardo ai compratori, o creditori dei proprietarj posteriori, se i creditori di *Pietro* non avessero per essi che le loro iscrizioni contro *Pietro*, sebben fossero in vigore all' epoca della notificazione loro fatta da *Giacomo*; queste iscrizioni non avrebbero effetto, in favore dei creditori di *Pietro* se non contra *Giacomo* o suoi creditori. Ben si ravvisa dunque quanto sia prudente consiglio quello di rinnovar le iscrizioni contro il debitore, prima di spirare i dieci anni (1).

Necessità di rinnovare la iscrizione in vigore al momento dell'apertura del fallimento del debitore, o dell'apertura di una successione beneficiaria o vacante.

114. Non può prendersi efficacemente una iscrizione dopo aperta una successione, quando essa non

---

(1) Il signor Persil, nel luogo da me indicato nel numero precedente, fa una ipotesi per giungere al medesimo risultamento. Ho creduto di dover dare una maggiore estensione alle ipotesi ch' io ò presentato. Ma siccome in una materia così astratta, le ipotesi colpiscono più o meno i lettori, secondo la maniera nella quale sono stabilite, così potrà consultarsi anche quella del sig. Persil.

è in seguito accettata che col benefizio dell' inventario, o quando divien vacante. Non si può neppure prendere, effettivamente, una iscrizione su i beni di un debitore che cade nel fallimento, dopo l' apertura della fallita, ed anche nei dieci giorni che la precedono. Questo è quel ch'io dirò nel paragrafo seguente. Alcuni autori han conchiuso da ciò che se i dieci anni dalla data della iscrizione non sono spirati, sia quando si apre la successione accettata col beneficio dell'inventario, sia quando avviene il fallimento, allora l' iscrizione à il suo effetto legale, ed è inutile di rinnovarla dopo. Essi hanno eguagliati questi due casi a quello in cui, allorchè trattasi di procedure in via di spropriazione fatta contra il debitore, l'iscrizione avrebbe il suo effetto legale dall'istante dell'aggiudicazione, o dell'apertura della graduazione. Essi gli hanno anche somigliati a quello in cui, trattandosi di vendita volontaria, l'iscrizione avrebbe il suo effetto legale al momento della notificazione fatta dal compratore ai creditori iscritti. Ma questa opinione non può ammettersi.

Qual' è il motivo che ha fatto dispensare alla rinnovazione delle iscrizioni nei due casi da me riferiti? Si è appunto perchè lo scopo di ogn' ipoteca, ove il creditore non paghi, è di aver dritto ad addentar tutt' i fondi soggetti all' ipoteca. Per cui, quando nelle procedure qualunque fatte su questi fondi accade un istante in cui l' ipoteca iscritta va al suo scopo, o il suo effetto è adempiuto, allora una nuova iscrizione diviene perfettamente inutile. Potrebbe anche accadere che la iscrizione non possa esser presa contro il vero proprietario: il che avverrebbe dopo l' aggiudicazione.

Ma questo motivo è estraneo al caso della suc-

cessione beneficiaria o vacante. L'erede col beneficio dell' inventario può essere autorizzato a vendere i beni della successione, ed in questa circostanza le ipoteche dovrebbero essere conosciute. Ora, questo sarebbe impossibile, se le iscrizioni avessero più di dieci anni di data e non fossero state rinnovate. D'altronde, l'erede beneficiario può esser dichiarato puro e semplice; questa dichiarazione avrebbe un effetto retroattivo al giorno dell'apertura della successione. Egli potrebbe vendere e potrebbe ipotecare; e i terzi dovrebbero conoscere le iscrizioni.

Lo stesso motivo non può aver luogo pel caso del fallimento. Il fallito viene spogliato dell'amministrazione dei suoi beni, ma non della proprietà; egli può far annullare le prime procedure fatte contro di lui, ed ottener la rivoca di tutte le sentenze che fossero state rese. Anche senza di ciò, egli può essere autorizzato a vendere, o il possono essere i suoi creditori in forza della sua procura. Su di ciò può riscontrarsi la bella analisi fatta dal signor Locré, sull'art. 442 ✻ 434 del Codice di commercio, *Esp. du Code de comm. tom. 5, pag. 128* e seguenti.

La quistione è stata quindi decisa nel modo da me indicato con una decisione della Corte di cassazione, del 7 giugno 1817. Denevers, *lo stesso anno, pag. 388.* La decisione è così motivata » Che nè la legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799), nè l'art. 2146 ✻ 2040 del Codice civile non proibiscono, nè dispensano dal rinnovar le iscrizioni, quando il debitore fallisce o la sua successione è accettata col benefizio dell'inventario, e che per ciò questi avvenimenti non bastano per prolungar l'effetto delle iscrizioni. » Nè nella decisione, nè nella discussione che l'ha preceduta si veggono motivi precisi, ricavati dallo spirito della legge: ma io non credo che possano esservene altri diversi da

quelli che ho esposti (1). Veggasi una decisione della corte reale di Dijon, del 26 febbraro 1819, ed un' altra di quella di Limoges, del 26 giugno 1820, resa coi medesimi principj. *Denevers*, *anno 1821*, *pag. 69*, *supp.*

(L' azione ipotecaria intentata contra un terzo possessore, dispensa, a suo riguardo, dal rinnovar l' iscrizione?)

115. Questa medesima decisione, del 7 giugno 1817, à giudicato che un' azione ipotecaria intentata contra un terzo possessore, non dispensava dal rinnovar l' iscrizione a suo riguardo, e che in questa circostanza egli aveva liberato il fondo dalle ipoteche colla trascrizione del suo titolo. Ecco, a questo proposito, i motivi della decisione: » Che non può dirsi che questa iscrizione abbia il suo effetto legale, solo perchè una sentenza del 25 *pluviose* anno 13 (15 febbraro 1805) aveva dichiarata la casa in quistione affetta ed ipotecata al credito dell' istante. Questa sentenza produceva l' ef-

(1) Debbo dire che in questa causa trattavasi di una successione ricaduta ad un minore. Potrebbe dirsi che in questo caso, come in quello di una successione accettata col beneficio dell' inventario, da un maggiore, una iscrizione non può esser presa con effetto dopo l' apertura della successione. Nondimeno ò adottata una opinione contraria nel § seguente. Io sono stato di avviso che il principio stabilito dall' art. 2146. non riguarda che le successioni accettate dai maggiori col benefizio dell' inventario, e che non può applicarsi al caso di accettazione forzosa col benefizio dell' inventario, quando trattasi di successione ricaduta a minori. Io non credo che si possa dedurre cosa alcuna da questa decisione contro la mia idea. La successione si aprì nel 1791, e molte circostanze tendono a far riguardare questa successione, come se fosse stata accettata col benefizio dell' inventario da un maggiore di età.

fetto di interrompere la prescrizione dell' ipoteca; ma essa d'altronde non aggiungea niun nuovo dritto a quello ch' aveva l' istante sulla detta casa. Non facea quindi produrre all' iscrizione il suo effetto legale; essa dunque non poteva esonerar l' istante dal rinnovar questa iscrizione, se voleva conservar la sua ipoteca contra i terzi possessori che avevan sempre nella legge un mezzo capace di purgarla, se cessasse di essere iscritta. »

Questa decisione è una conseguenza del principio che, quando, in qualunque regola ipotecaria uno siasi trovato, la legge à prescritto un atto con forme particolari per conservare e stabilire l'ipoteca, non si è potuto mai supplirvi con qualunque altro atto, nè anche riguardo al compratore, con un' azione ipotecaria, quando essa fosse seguita da una sentenza. Ciò praticavasi coll'editto del 1771; l'opposizione non poteva essere supplita da un'azione di questa natura. Questa è l' opinione da me adottata nel mio commentario sull' art. 15 di questo editto, num.° 5. Uno de' redattori del *Repertoire de jurisp.* alla parola *Declaration d'hypothèque*, sulle prime era stato di un avviso contrario: ma in un' aggiunzione posteriore, lo stesso autore dell' opera professò l' opinione che l' azione ipotecaria non poteva tener luogo dell' opposizione al suggello delle lettere di ratifica. Era lo stesso, quando anche vi fosse stata un' opposizione, perenta però coll' elasso di tre anni.

Per una conseguenza di questo medesimo principio, una decisione della Corte di cassazione, del 12 ottobre 1808, *Sirey*, *anno 1808*, *pag. 543*, à giudicato che la trascrizione di un contratto di vendita anteriore alla legge degli 11 *brumaire* (1.° novembre) purgava il fondo, anche dai crediti pei quali nell'anno sesto (1798) vi era stata un'azione di dichiarazione d' ipoteca. Questo era il risulta-

mento della combinazione degli articoli 3 e 28 di questa legge. In questa causa vi erano circostanze più gravi le quali stabilivano che il compratore aveva conosciuto il credito, e si era mostrato disposto ad accedere all' effetto dell' istanza ipotecaria per ciò che lo riguardava. La Corte, la decisione della quale venne impugnata, avea considerato che la trascrizione era stata fatta *in mala fede.* Ma la decisione della Corte di cassazione stabilisce che » l' effetto della trascrizione è di liberare il fondo acquistato da ogni ipoteca giudiziaria o convenzionale non iscritta prima della detta trascrizione, senza che la legge n' eccettui neppure quelle di cui il compratore *à potuto aver conoscenza legale nell' epoca in cui à adempiuto questa formalità* (1) ». Dev' essere assolutamente lo stesso sotto l' impero del Codice civile. Esso non ripone la pubblicità, e quindi la conservazione dell' ipoteca, che alla iscrizione, senza distinzione. Attualmente la dichiarazione dell' ipoteca à un altro oggetto, anche riguardo al terzo possessore come io l' ho osservato nella seconda parte, spiegando i principj relativi alla situazione in cui trovasi il terzo possessore che non libera il fondo dall' ipoteca. La iscrizione la rende inutile, e l' unico scopo

---

(1) Così, una decisione della Corte di appello di Torino, del 16 marzo 1811, riferito da *Denevers*; *lo stesso anno*, *pag.* 176, *supp.* à giudicato che il compratore può dar di nullità alle iscrizioni quand' anche abbia egli positivamente conosciuti i debiti iscritti prima della trascrizione. Ciò dipende dal principio generale che quando la legge à stabilita una forma speciale colla quale una persona deve aver conoscenza di un fatto, quando trattasi di conservazione, trasferimento, o rivoca di una proprietà, siffatta conoscenza non può risultar legalmente che dall' atto prescritto dalla legge per procurarla.

di questa dichiarazione si è d' interrompere la prescrizione dell' ipoteca contra il terzo possessore che non trascrive; ma dopo la trascrizione, la iscrizione diviene indispensabile.

(Risultamento del parere del Consiglio di Stato, del 22 gennajo 1808 sulla rinnovazione delle iscrizioni).

116. Alcune volte le iscrizioni non possono esser prese direttamente da quelle persone per l'interesse delle quali sono prescritte; ed erano insorte quistioni importantissime per determinar come e da chi queste iscrizioni debbono essere rinnovate. Tutte queste difficoltà sono state tolte in un modo preciso, da un parere del Consiglio di stato, del 22 gennajo 1808, il quale contiene uno sviluppo di utili riflessioni per conoscere lo spirito della legge sopra punti importanti. Esso dev' esser meditato. Per brevità mi limiterò a riferirne le principali disposizioni.

1. Che ogni iscrizione, senza eccezione dee rinnovarsi prima che spirino i dieci anni;

2. Che quando l' iscrizione era necessaria per operar l' ipoteca, la rinnovazione è necessaria per conservarla;

3. Che quando l'ipoteca esiste indipendentemente dalla iscrizione, e che questa è prescritta sotto pene particolari, coloro cui spetta, debbono farla rinnovare sotto le stesse pene. Quindi per ciò che concerne le donne maritate, i minori, i mariti e i tutori che, ai termini dell'art. 2136 ✳ 2022 del Codice sono per loro medesimi obbligati di render pubbliche queste ipoteche colla iscrizione su i beni proprj, son tenuti a rinnovar la iscrizione, prima di spirare i dieci anni dalle loro date, colle stesse penali prescritte per quando doveva prendersi pri-

mitivamente la iscrizione. Queste pene sono lo stellionato, e l'arresto personale.

4. Che quando l'iscrizione doveva esser presa di uffizio dal Conservatore, dev' essere rinnovata dal creditore che vi à interesse. Ciò riguarda il venditore e colui che dà ad imprestito, de' quali si è parlato nell' art. 2108. * 1994 del Codice.

Fin qui l'avviso del Consiglio di stato, contiene un esatta interpretazione degli articoli del Codice civile relativi alle iscrizioni. L'impossibilità d'incaricare il conservator delle ipoteche di queste rinnovazioni vi è perfettamente dimostrata.

Quanto all' obbligo imposto ai conservatori dell'ipoteche dall'art. 7 della legge dei 5 settembre 1807 relativa ai dritti del pubblico tesoro, su i beni dei contabili, di prendere iscrizione, a nome del tesoro pubblico a danno di quelli fra i contabili enunziati in questo articolo, si dee seguire una regola diversa. I Conservatori sono, per la rinnovazione, come lo erano per la iscrizione, gli agenti del tesoro pubblico ch' essi rappresentano. Laonde, dall'avviso del Consiglio di stato risulta, ch'essi debbono fare la rinnovazione sotto la vigilanza dell' amministrazione.

Riman da fare un' altra osservazione riguardante le iscrizioni che i Conservatori eglino stessi son tenuti di prendere su i beni che fan l'oggetto delle loro cauzioni. L' art. 7 della legge del 21 *ventoso* anno 7 (12 marzo 1799), impone loro l'obbligazione di prendere iscrizione della loro cauzione, e vi si soggiunse che la iscrizione durerà per tutto il tempo che dura la loro risponsabilità, *senza che sia necessario di rinnovarsi*. Queste espressioni non più si possono conciliare colle disposizioni del Codice civile, che riguardo ai terzi, esige imperiosamente la conoscenza di tutte le iscrizioni prese nell' interesse

del tesoro pubblico e che limita la durata di queste iscrizioni a dieci anni. Esse non possono neppure conciliarsi coi principj della legge del 5 settembre 1807. Quindi, stando alla interpetrazione della legge, che per questa parte si ricava dall'avviso del Consiglio di stato, e stando ai principj stabiliti che ogni iscrizione dev' essere rinnovata, avanti di spirare il termine dei dieci anni, i Conservatori sono obbligati eglino stessi di rinnovare le loro iscrizioni prima che questo termine spiri.

(Formalità della rinnovazione dell' iscrizione.)

117. Perchè la rinnovazione della iscrizione si faccia, con effetto vi è bisogno di una nuova iscrizione che al par della prima faccia conoscere tutto ciò che la legge vuole; tal che le forme della nuova iscrizione debbono essere le medesime di quelle della prima, secondo che l'ipoteca è speciale, generale, o legale. Al capitale del credito e suoi accessorj, si possono aggiungere gl' interessi scaduti dopo la prima iscrizione: ma per quest'interessi, l' ipoteca prende il grado dal giorno della nuova iscrizione, eccettocchè per le due annate e la corrente, come già l' ho fatto conoscere nel presente paragrafo, a meno che non siensi prese le iscrizioni per quest' interessi a misura delle loro scadenze per le quali vi sarebbe ipoteca a contar da ciascuna di queste iscrizioni.

Ma sovente accade che nell'intervallo dei dieci anni vi sieno de' cangiamenti. La nuova iscrizione deve essere subordinata a siffatti cangiamenti. L'oggetto essenziale si è di dar sempre quelle conoscenze che la legge richiede, e sulle quali io mi son già spiegato nel §. precedente. Se vi fosse stata una cessione od una surrogazione del credito,

bisognerebbe non solo che l'iscrizione nuova presa a cura del cessionario o creditor surrogato facesse conoscere perfettamente quest'ultimo, al pari che la cessione o la surrogazione, ma che anche l'iscrizione contenesse la conoscenza del credito, come fu data colla prima iscrizione. A questo proposito può consultarsi una decisione della Corte di cassazione, del 14 gennajo 1818, *Denevers*, *anno 1818*, *pagina 91*. Il signor Danglemart, surrogato ad un antico credito di proprietà del signor Sailhard, pel quale si era presa un' iscrizione da quest' ultimo *il 23 floreal* anno 7 (14 maggio 1799), aveva presa il 23 maggio 1807 una nuova iscrizione concepita in questi termini: « Per sicurezza della somma di . . . . , e per sicurezza della *surrogazione nell' effetto della iscrizione presa il 23 floreal anno 7* (14 maggio 1799) *vol. 6 num. 145*, a favore di Gianpietro, Sailhard, contra i signori e signora Duval-Dumenil, risultante da un obbligo innanzi al signor Trianon e suo collega, notaj a Parigi, il 16 maggio 1807. » Il signor Danglemart prese anche un' altra iscrizione il 18 luglio 1811; ma a quest' epoca erano scorsi più di dieci anni dalla iscrizione del 23 *floreal* anno 7 (14 maggio 1799) che s' intendea rinnovata da quella del 23 maggio 1807. Quest' ultima iscrizione fu annullata, e quella del 23 *floreal* anno 7 (14 maggio 1799) si trovò perenta. Il motivo della nullità della iscrizione del 23 maggio 1807 si fu perch' essa non conteneva una rinnovazione della iscrizione del 23 *floreal* anno 7. Effettivamente non si poteva considerare che *come una semplice menzione di surrogazione*, come ciò fu detto dalle parti interessate nella discussione dei mezzi che precedettero la decisione.

§. IV.

Casi ne' quali non si può prendere iscrizione, o acquistar con effetto un' ipoteca a motivo della situazione del debitore, o dello stato della sua successione.

(Iscrizioni prese nei dieci giorni prima del fallimento.)

118. Secondo l'antica legislazione un fallito non poteva dare ipoteca; nè si poteva con lui contrarre alcuna obbligazione, non solo dopo l'apertura del fallimento, ma anche nei dieci giorni che lo precedono. Fu questa la disposizione di una dichiarazione del Re, del 18 novembre 1702. Essa annullava tutte le obbligazioni contratte e tutte le sentenze rese in queste due epoche. La pessima circostanza del debitore si presumea conosciuta nei dieci giorni anteriori all'apertura legale del fallimento; e la nullità di tutto quel che si faccia nel corso di questi dieci giorni era l'effetto di una presunzione *juris et de jure* che produceva questa nullità col solo fatto senza che dovess'essere sostenuta da verun' altra prova.

Questi principj sono stati ammessi dalla nuova legislazione; il che si scorge nell'art. 11 della prima legge fatta su questa materia, ch'è quella del 9 *messidor* anno terzo (30 giugno 1795), e nell' art. 5 della legge degli 11 *brumaire* (1.° novembre). Gli stessi principj sono stati confermati dall'art. 2146 ✻ 2040 del Codice civile e dall'art. 443 ✻ 435, e seguenti del Codice di commercio. Gli articoli di quest' ultimo Codice hanno nondimeno arrecata qualche modificazione, relativamente agli atti traslativi di proprietà, ed agli atti di commercio fatti nei dieci giorni anteriori

all' apertura del fallimento. Mi basta di rinviare a queste leggi.

Tali principj si fondano sulla massima che il fallimento aperto e dichiarato, fissa i dritti dei creditori del fallito nello stato in cui trovavansi all' epoca dell' apertura del fallimento, e dieci giorni prima in cui si presume conosciuto. Da questo momento il debitore, in forza dell' art. 442 ✳ 434 del Codice di commercio è spogliato di pieno dritto dell'amministrazione di tutt'i suoi beni. Tutto quel che egli fa è sospetto, e vi è luogo a temere ch' egli non cerchi di favorire qualcheduno dei creditori a danno degli altri, o ch' egli non prenda misure fraudolenti per sottrarre i suoi beni alle azioni di tutti. In fine i creditori sono eguagliati ai socj de' quali la condizione è la medesima e che non possono nuocersi a vicenda. Quindi, combinando l' art. 2146 ✳ 2040 del Codice civile coll' art. 443 ✳ 435 del Codice di commercio colla iscrizione non si può dare maggiore efficacia ad un' ipoteca anteriore ai dieci giorni che precedono l' apertura del fallimento, quando l' iscrizione è presa in questi dieci giorni, di quel che possa darsi ad un' ipoteca convenuta nel corso di questi stessi dieci giorni.

(Iscrizioni prese in questo intervallo per le ipoteche anteriori alla legge di *brumaire*) (novembre).

119. Vi è nondimeno una modificazione importante da fare a questo principio, relativamente alle ipoteche acquistate prima della pubblicazione della legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799). E si è che, per queste ipoteche, si è potuto prendere validamente una iscrizione, anche dopo l' apertura del fallimento, e con maggior ragione an-

che nei dieci giorni che l'han preceduta. Questa modificazione ha, sulle prime, sperimentata qualche difficoltà: ma dopo molto tempo non n'ebbe più. La ragione si è che la legge di *brumaire* (novembre) contiene nel solo primo titolo le disposizioni sulle ipoteche e privilegj per l'avvenire, ed è coll' art. 5 di questo stesso titolo che essa prescrive l'iscrizione prima dei dieci giorni che precedono il fallimento, mentre le disposizioni della stessa legge, per ciò che riguarda le ipoteche passate, son consegnate nel titolo 3, ove non vi è la necessità della iscrizione prima dei dieci giorni anteriori al fallimento. D'altronde sarebbe stato ingiusto di rendere soggetta alle stesse regole un iscrizione da prendersi in forza di un titolo stipulato sotto l'impero del Codice civile, il che è il necessario complemento per acquistar l'ipoteca, e la iscrizione che si prende per un' antica ipoteca, esistente da se, senza la formalità della iscrizione allora sconosciuta. Questo sarebbe un dare alla legge il vizio della retroattività. Altro è *acquistare* una nuova ipoteca, altro è *conservare* un' ipoteca anticamente acquistata.

Siffatta quistione è discussa e decisa in questo senso da Chabot (de l'Allier). *Questions transitoires, tom. 1. pag. 100 e seg.* Egli si appoggia a due decisioni della Corte di cassazione del 18 febbraro e 5 aprile 1808. Io soggiungo che la quistione è stata giudicata nel modo stesso da due altre osservabili decisioni della corte medesima, emesse dopo la impressione dell'opera del signor Chabot: l'una del 15 decembre 1809, sotto la presidenza del Gran Giudice ministro della giustizia, essendovi stata una prima cassazione e rinvio ad un'altra Corte; l'altra del 4 decembre 1815. Queste due decisioni leggonsi presso Denevers, *an*

1810, *pag.* *21*, *e* *1816* *pag.* *82*: talchè vi è su questo punto di dritto una giurisprudenza certa (1).

Dopo quel che si è detto si scorge che i crediti ipotecarj anteriori alla legge di *brumaire* (novembre) possono del pari essere iscritti validamente su i beni di uno ch' è fallito vigente il Codice civile, come il sarebbero stati vigente la legge di *brumaire* (novembre) onde conservar queste ipoteche. Sotto questo rapporto il Codice civile dee considerarsi simile alla legge di *brumaire* relativamente alla conservazione di queste antiche ipoteche per via della iscrizione. Le decisioni quantunque emesse per iscrizioni prese in forza della legge di *brumaire* (novembre), decidono anche la quistione per quelle prese in forza del Codice civile: i motivi sono i medesimi. Vi è di più. Queste ipoteche essendo una volta conservate coll' epoca della loro data, per mezzo dell' iscrizione presa nel termine prescritto dalla legge di *brumaire* (novembre) per la iscrizione delle antiche ipoteche, o nei termini stabiliti dalle leggi posteriori che l' han prorogato àn potuto iscriversi di nuovo prima di spirare i dieci anni. Questa rinnovazione à dovuto avere il suo effetto anche quan-

(1) La decisione del 15 dicembre 1809, può vedersi nelle *questions de droit* del signor Merlin, 3.ª edizione, alla parola *inscription hypothécaire*, §. *3*. Ivi trovansi le sue conclusioni con tutte le particolarità che desideransi. Questa decisione era rapportata in moltissime opere, e specialmente nel *répertoire de jurispr.* alle stesse parole di, *inscription hypothécaire*. Il signor Merlin emenda alcune inesattezze che vi erano trascorse: ma tali inesattezze divengono indifferenti per quel ch' io dico sulla quistione. Io la fo conoscere abbastanza indicandone il principio, e rimandando alle sorgenti, ove le decisioni sono letteralmente trascritte.

do avesse avuto luogo sotto l'impero del Codice civile, nei dieci giorni prima del fallimento del debitore. È questa pure la giudiziosa osservazione del signor Chabot, *loco citato*, pag. 104.

(Iscrizioni sulle successioni beneficiate o vacanti.)

120. È del pari certo che una iscrizione non potrebb'essere validamente presa sopra una eredità accettata col benefizio dell'inventario, ovvero giacente. L'eredità potrebb'essere giacente o perchè gli eredi l'avessero rinunziata, e che quindi se le sia dato un curatore; o perchè non si presentasse alcun erede, per non esservene alcuno conosciuto il che pure dà luogo alla nomina di un curatore. L'accettazione col benefizio dell'inventario, e lo stato di giacente di un'eredità fissano i dritti rispettivi dei creditori: questi dritti non possono più variare; avviene in questi casi come in quello del fallimento. Potrebbero acquistarsi dei dritti contra un erede beneficiato, il quale, finchè dura questa qualità, è un semplice amministratore, e che non può vendere i beni della eredità se non colle formalità prescritte dalla legge e coll'autorità del giudice? che non può pagare, a piacer suo uno dei creditori dell'eredità in preferenza degli altri? che facendo questi pagamenti è obbligato di serbar l'ordine dei privilegj e dei crediti, senza di che vi sarebbe luogo ad un'azione rivocatoria dei pagamenti, a favore dei creditori ai quali recherebbero pregiudizio siffatti pagamenti? Potrebbero acquistarsi ancora dei dritti contra un curatore dato ad una eredità giacente, che sempre, o quasi sempre non è che un vano fantasma che l'imperiosità delle circostanze obbliga a nominare? Ciò deriva dacchè una successione accet-

tata col beneficio dell' inventario, o ripudiata, si considera nello stato di fallimento o di insolvibilità, e dacchè, in tutt' i tempi, quando una persona era caduta in questo stato, e quando questo stato era riconosciuto, non poteva acquistarsi sopra i suoi beni un dritto a favore di uno de' suoi creditori, ed in pregiudizio degli altri. In simili circostanze, l'acquisto dei dritti particolari non dipenderebbe che dalla maggiore o minor destrezza e vigilanza di certi creditori, il che esclude quella buona fede che dee regnare nelle convenzioni, e nell' agitarsi dei giudizj. In una parola, una eredità giacente o beneficiaria è nell' amministrazione della giustizia, ed allora i dritti di tutt' i creditori sono eguali.

In seguito di tutti questi principj è stato redatto l' art. 2146 ✻ 2040 del Codice civile. Da prima vi si dice, che le iscrizioni non producono alcun effetto quando sieno state eseguite fra quell'intervallo di tempo, durante il quale gli atti fatti fra i dieci giorni precedenti al fallimento del debitore son dichiarati nulli. In seguito vi soggiunge: » Lo stesso à luogo fra i creditori di una eredità, se la iscrizione non siasi fatta da uno di essi *se non dopo aperta la successione nel caso che l' eredità sia stata accettata col benefizio dell' inventario.* » (a) Essendo stato ammesso nella nostra legislazione il principio che la sola iscizione da efficacia all' ipoteca, e che n' è complemento, il legislatore, in questo articolo, à colpita l'iscrizione presa nell'epo-

(a) Ecco la eccezione fatta a questo principio dalle nostre LL. CC. » meno che quando non si sia potuto giungere per la brevità del tempo ad iscrivere l'atto costitutivo d' ipoteca, il che si presume ove non sieno ancora trascorsi i quindici giorni dalla data dell' atto fino alla morte del promettente.

che e circostanze ivi enunziate colla stessa invalidità con cui le antiche leggi, e la giurisprudenza colpivano l' ipoteca data od ottenuta nell' epoche e circostanze medesime, quando l' ipoteca si costituiva col solo titolo, senza il soccorso della iscrizione.

Quest' art. 2146 ✳ 2040 non fa parola dell eredità giacente, ed alcuni autori ne avevan conchiuso ch' esso applicavasi soltanto all' eredità beneficiaria: ma è chiaro che il legislatore à inteso di comprendere nelle sue disposizioni l' eredità giacente e la beneficiaria; vi erano ragioni anche più forti pel primo caso che pel secondo. Nell' antica giurisprudenza i medesimi principj applicavansi ad ambo i casi; e Merlin à sovente assimilati questi due casi: il che precisamente si osserva in un discorso da lui pronunziato per una decisione della Corte di cassazione del 4 *thermidor* anno 12 (25 luglio 1804) di cui parlerò fra poco. « Si ravvisa, egli dice, che quel che dispone l' art. 2146 ✳ 2040 di un'eredità accettata col benefizio dell' inventario, deve, *con maggior ragione* estendersi alla eredità totalmente abbandonata, cui il giudice è obbligato di dare un curatore. »

Ma rispettivamente alla eredità beneficiaria, ed alla giacente, questo art. 2146 ✳ 2040 offre una difficoltà più grave. Da prima è senz' alcun dubbio che tanto la iscrizione presa dopo l' accettazione della eredità col benefizio dell' inventario, quanto quella presa contro il curatore nominato per una eredità giacente, sarebbe assolutamente senza effetto. Lo spirito dell' articolo è troppo manifesto a questo riguardo perchè possa elevarsi qualche difficoltà. Ma questo articolo ha forse voluto che, onde l' iscrizione fosse valida, dovess' essere anteriore ai dieci giorni che immediatamente precedono l' accettazione col benefizio dell' inventario, o la vacanza dell' eredità? In altri termini; se l' articolo 2146 ✳ 2040 com-

binato coll' art. 443 ✳ 435 del Codice di commercio, cui si riferisce, perchè un' iscrizione sia valida esige che si prenda prima dei dieci giorni che precedono l' apertura del fallimento, quando poi trattasi di un' eredità beneficiaria o giacente fa d' uopo che l' iscrizione per avere effetto sia presa prima dei dieci giorni che precedono l' accettazione col benefizio dell' inventario o l' epoca in cui l' eredità divien giacente? Ecco la dilicata quistione che fa sorgere l' art. 2146 ✳ 2040 (a).

L' antica giurisprudenza, per quel che concerne la validità dell' ipoteca contra una successione accettata col benefizio dell' inventario, o giacente offre pochi argomenti perchè possa decidersi la quistione di cui si tratta per mezzo delle analogie. Infatti negli antichi autori non si vede altra cosa, se non il principio enunziato in un modo vago e generale che l' ipoteca non poteva essere ottenuta e accordata contra un' eredità accettata col benefizio dell' inventario, o giacente ed amministrata da un curatore.

Debbo dire però che, per una giurisprudenza formatasi dal parlamento di Fiandra, che onde la iscrizione avesse il suo effetto doveva esser fatta prima dei dieci giorni che precedevano immediatamente l'epoca dell'accettazione col benefizio dell' inventario, o quella in cui si fa giacente l' eredità. Il che osservava il sig. Merlin, portando la parola per la decisione della Corte di cassazione del 4 *thermidor* anno 12 (25 luglio 1804), riferita col suo discorso nelle sue *questions de droit* alla parola *succession*

(a) Come si è già osservato le nostre LL. CC. hanno esteso a quindici giorni il termine di dieci prescritti pe' fallimenti. Tutto quello che dall' autore vien detto a questo proposito è per noi di niun effetto.

vacante §. 1. Nondimeno dopo quel che ei diceva si vede che questa giurisprudenza non era costantemente eseguita da quel parlamento. Del resto questa giurisprudenza particolare ed isolata non potea considerarsi che come una eccezione ai principj generali ch' erano in osservanza in tutto il rimanente del regno. Bisogna dunque ricorrere ad altre sorgenti per decidere intorno a quello voluto dall' art. 2146 * 2040 del Codice civile.

Confrontiamo i termini delle nuove leggi, anteriori però al Codice civile, colle disposizioni dell' art. 2146. Nella legge del 9 *messidor* (30 giugno) art, 3 ed 11 dicevasi : « Le sentenze rese fra i dieci giorni anteriori alla fallita, bancarotta o cessazione pubblica di pagamenti di un commerciante non sono capaci d' ipoteca. » Nell' art. 12 si legge : « Parimente non sono capaci d' ipoteca alcuna le condanne pronunziate contra l' *eredità accettata col benefizio dell' inventario e contra il curatore di una eredità giacente.* » È facile il vedere che questo articolo colpiva di nullità solo l'ipoteca ottenuta contro l'erede beneficiario, o contra il curatore dell' eredità giacente, o accordata da essi; dimodocchè se sopraggiungesse un'ipoteca nell'intervallo dell' apertura della successione all' accettazione dell' inventario o alla vacanza dell' eredità, in qualunque epoca quest' ipoteca accadesse, in questo stesso intervallo, cioè, che fosse prima o davanti i dieci giorni precedenti all' accettazione beneficiaria o alla vacanza, l'ipoteca aver doveva il suo effetto; poichè essendosi detto nell' articolo precedente in ordine al fallimento che l' ipoteca era nulla se era presa nei dieci giorni prima dell'apertura del fallimento, come mai potrebbe supporsi che la disposizione concernente questa nullità in questo caso, essendo presente allo spirito del legislatore, ei non avesse messo per condizione della

validità dell' ipoteca riguardante l' accettazione dell' eredità col benefizio dell' inventario, o l'eredità giacente che siffatta ipoteca risalirebbe al di là dei dieci giorni anteriori all' accettazione beneficiaria o alla vacanza? Il legislatore eguagliava lo stato di *decozione*, o d'insolvibilità della successione risultante dall' essere accettata col benefizio dell'inventario, o dall'esser divenuta giacente allo stato d' insolvibilità riguardante l' apertura del fallimento. Ma egli non volea sottoporre i creditori alla necessità di prendere o di ottenere l' ipoteca prima dei dieci giorni antecedenti all' accettazione beneficiaria, o alla vacanza, come nel caso del fallimento avea voluto sottoporre i creditori alla necessità di avere un' ipoteca che risalisse al di là dei dieci giorni anteriori all'apertura del fallimento.

La legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799) avea serbato il silenzio su ciò che à rapporto all'eredità beneficiarie, o giacenti. L'art. 5 di questa legge ripetea solamente la disposizione dell' art. 11 della legge del 9 *messidor* anno 3 (30 giugno 1795). Nondimeno era difficile, come vien osservato da Merlin, di tirar da questo silenzio l' induzione che il legislatore avesse inteso di dare un effetto indefinito ad ogn'iscrizione presa contra una eredità beneficiaria o giacente. Ma allora non tratterebbesi di altro che di eseguire, per le iscrizioni prese in queste circostanze, i principj medesimi ammessi nell' antica giurisprudenza per l' ipoteca ottenuta a danno di una successione accettata col benefizio dell' inventario, o di un curatore dato all' eredità giacente. Ed allora è giusto il dire che l' iscrizione presa prima dell' accettazione beneficiaria, o della vacanza della successione, sarebbe stata valida, qualunque sia l' epoca in cui l'iscrizione fosse stata presa tra l' apertura della successioue, e la sua accettazione beneficiaria, o in sua vacanza.

Veniamo all' art. 2146 ✳ 2040 del Codice civile. Primieramente non si dice una sola parola della fissazione della iscrizione, anteriormente ai dieci giorni che precederebbero l'accettazione beneficiaria della successione, o la vacanza, quantunque nello stesso articolo i dieci giorni anteriori al fallimento, combinandolo coll' art. 443 ✳ 435 del Codice di commercio, formassero un'epoca vietata per la iscrizione. Non si può già tirare alcuna conseguenza dal non veder precisamente fatta parola dei dieci giorni nella prima parte dell' art. 2146 ✳ 2040 colla quale erasi preso di mira il fallimento, e dal dirsi ivi solamente » *s' esse sieno state eseguite fra quell' intervallo di tempo, durante il quale gli atti fatti fra i dieci giorni precedenti al fallimento del debitore sono dichiarati nulli.* » Vi è sempre un divieto d' iscriversi non solo dopo l'apertura del fallimento, ma anche in un intervallo di tempo anteriore che doveva essere determinato. Questa determinazione che doveva farsi nel Codice di commercio, era di poco momento quando fu redatto l'articolo 2146 ✳ 2040, ed altronde era già stabilita a dieci giorni nelle leggi anteriori al Codice civile.

Secondariamente quando nello stesso art. 2146 si viene a far parola dell' eredità accettata col benefizio dell' inventario, che cosa vi si dice? » Lo stesso à luogo fra i creditori di una eredità, se la iscrizione non siasi fatta da uno di essi *se non dopo aperta la successione nel caso che l' eredità sia stata accettata col benefizio dell' inventario.* » Il legislatore, con queste espressioni à forse voluto dire che l' iscrizione si sarebbe eseguita in un tempo determinato, al dì là dei dieci giorni precedenti all' accettazione beneficiaria, o alla vacanza? È difficile il sostenere l' affermativa. Oltre all' induzione che si cava dal silenzio della legge sulla determinazione di un' epoca anteriore ai dieci giorni, nella

quale l'iscrizione avrebbe dovuto esser fatta nel caso di accettazione beneficiaria o di vacanza, come nel caso di fallimento, anche le regole grammaticali ostano perchè si adotti il paragone che vorrebbe istituirsi, in ogni senso, del caso dell'accettazione beneficiaria o della vacanza d'una eredità, al caso del fallimento, vale a dire, che l'iscrizione nell'un caso e nell'altro fosse proibita nei dieci giorni precedenti. Il legislatore permette l'iscrizione dopo l'apertura della successione ma l'annulla se dopo l'apertura, la successione *viene accettata col benefizio dell' inventario*. L'iscrizione adunque, in qualunque epoca sia presa, è nulla dopo l'apertura della successione, solo perchè in seguito, questa successione è accettata col benefizio dell'inventario, e divien giacente.

È questo il senso che Merlin dava alla disposizione di questo art. 2146 ✳ 2040. Non si poteva applicar questo articolo alla quistione ch' egli discuteva, come quella che risaliva ad un epoca anteriore alla promulgazione del Codice civile. « Ma, ei diceva, questa difficoltà non sarebbe tale se dovessimo rapportarcene alla disposizione dell'articolo 2146 del Codice civile. Secondo questo articolo, *le iscrizioni non producono alcun effetto, non solo quando esse sieno state eseguite nell' intervallo di tempo durante il quale gli atti fatti prima dell' apertura del fallimento sono dichiarati nulli*; ma anche quando esse sono state prese posteriormente all' apertura di una successione *ch' è stata accettata col benefizio dell' inventario*... Quindi, secondo lo spirito di questo articolo basterebbe che si fosse presa iscrizione dopo l'apertura della successione perchè dovesse rimaner priva di effetto; e poco importa che al momento in cui fosse stata presa, la successione non fosse stata ancora ripudiata; e poco importa che in questo momento un

curatore non vi fosse stato dato: essa non sarebbe per ciò meno nulla, pel solo fatto della nomina susseguente di un curatore alla successione; essa non sarebbe meno caduta, *anche nel caso in cui il curatore alla eredità non fosse stato nominato che venti, trenta, o quaranta giorni dopo.* « Il sig. Merlin ritornando in seguito al paragone dell'antica giurisprudenza colla disposizione dell'art. 2146 ✳ 2040, e facendo camminar sempre di un passo eguale e l'eredità beneficiaria e la giacente, così si esprime: « Ed ecco il principio che si rinviene nell'art. 2146 del Codice civile; e se questo principio era indistintamente vero nella nostra antica giurisprudenza, ne risulta di necessità che le iscrizioni prese su i beni di un debitore, dopo la sua morte, dovevan rimanere senza effetto quando eran seguite o dalla rinunzia assoluta di tutt'i suoi eredi; o dall'accettazione col benefizio dell'inventario, *qualunque d'altronde si fosse l'epoca di questa rinunzia assoluta, e di questa accettazione.*

Ho visto citare la decisione del 4 *thermidor* anno 12 (25luglio 1804), come avesse giudicato che la iscrizione sebben fatta dopo l'apertura della successione, doveva avere il suo effetto se fosse stata presa anteriormente ai dieci giorni che precedono all'accettazione giudiziaria dell'eredità; e che l'iscrizione non doveva esser nulla, se non perchè essa non precedeva i dieci giorni anteriori all'accettazione o alla vacanza. Ma ciò non si è potuto dire che per una svista. È vero che la sentenza avverso di cui fu prodotto il ricorso per cassazione, aveva annullata l'iscrizione, « perchè era stata presa nei dieci giorni dal fallimento del debitore; ch'effettivamente, questa iscrizione è stata presa l'otto *pluvioso* anno 7 (29 gennajo 1799), mentre sei giorni dopo, cioè, il 14 *pluvioso* (4 febbrajo) la sua succes-

sione fu abbandonata, il suo fallimento riputato aperto tanto per la rinunzia della vedova alla comunione, che per l'apposizione dei suggelli fatta lo stesso giorno, e seguita dalla convocazione dei creditori e dalla nomina del curatore. » Ma la Corte di cassazione, annullando l'iscrizione non si determinò pel motivo ch'essa era stata presa nei dieci giorni prima dell'abbandono della successione; vi si dice semplicemente: » attesocchè, altronde, quando Prévot prese iscrizione il giorno 8 *pluviose* anno 7 (29 gennajo 1804) l'insolvibilità della successione del debitore era certa; che in questo stato, *a termini dell'antica giurisprudenza niun creditore poteva migliorare la sua condizione col pregiudizio degli altri*, donde segue che la sentenza impugnata, dichiarando nulla e senza effetto la iscrizione presa da Prévot in questa circostanza non à commessa alcuna violazione di legge. « Nello spirito della Corte di cassazione non poteva quistionarsi dell'applicazione della legge di *brumaire* (novembre) la quale serbava il silenzio sulla difficoltà cosicchè doveva essere risoluta cogli antichi principj. Non poteva neppure quistionarsi sull'art. 2146 * 2040 del Codice civile, poichè la causa giudicata prendeva origine prima della promulgazione di questo Codice. L'iscrizione fu annullata solo perchè vi era stato abbandono della eredità; e lo sarebbe stato egualmente quando fosse stata presa anteriormente ai dieci giorni precedenti all'abbandono. Ciò risulta dalle conclusioni di Merlin se si confronta con queste conclusioni la dispositiva della decisione. Egli opinò che la sentenza impugnata, non aveva violata alcuna legge nel pronunziar la nullità dell'iscrizione, e che al contrario essa aveva ben giudicato, *sebbene per non legali motivi.*

Debbo soggiungere che sarebbe difficile il credere che il legislatore abbia inteso che l'iscrizione sa-

rebbe nulla se fosse presa nei dieci giorni precedenti all'accettazione dell'eredità col benefizio dell'inventario, o alla vacanza; e ch' essa sarebbe valida se, quantunque presa dopo l'apertura della successione avesse una data anteriore ai dieci giorni. La ragione si è che ogni creditore il quale si volesse allontanare dalle regole della dilicatezza, potrebbe, a suo talento darsi una iscrizione anteriore a questi dieci giorni. Egli vi perverrebbe impegnando l'erede colla promessa di un profitto, o altrimenti, a ritardare o l'accettazione beneficiaria, o la rinunzia dell'eredità fino allo spirar dei dieci giorni, a contar dal dì della iscrizione. Poichè fino a quando non vi è adizione dell'eredità, e le cose sono intere, è indifferenti, nell'interesse dell'erede, ch'ei ritardi più o meno ad accettare col benefizio dell'inventario, o a ripudiare, laddove non è lo stesso nel caso di fallimento. Non si può far correre o ritardare un fallimento a proprio piacere.

Finalmente, la regola che la iscrizione sarebbe senza effetto se fosse presa dopo l'apertura della successione, o prima o dopo i dieci giorni precedenti all'accettazione beneficiaria ed alla vacanza, si concilia coi principj sull'assunto. Sentiam su di ciò quel che diceva il sig. Merlin nello stesso discorso: » In verità per l'assioma che *il morto impossessa il vivo*, l'erede acquista di pieno dritto la proprietà ed il possesso di tutt' i beni del defunto; ma per ciò convien che il voglia, e ch' ei dimostri la sua volontà con una dichiarazione espressa, o col fatto, mentre *niuno è erede se non vuole esserlo* E se in vece di accettar la successione, cui vien chiamato, la rinunzia, gli effetti della rinunzia risalgono al momento stesso della morte; si presume di non essere mai stato investito di alcun dritto, e la eredità si ha come giacente, ed abbandonata *dal*

primo istante della sua apertura. Del pari s' egli accetta col benefizio dell' inventario, quest'accettazione retroagisce *fino all' apertura della successione* e si presume aver egli raccolto i beni *fin dal principio* come un erede beneficiario. Quindi in ambo i casi, l' eredità si reputa nello stato d' insolvibilità *dal momento che fu aperta.* In ambo i casi ogni acquisto d' ipoteca è divenuta impossibile a contar da questo momento. In ambo i casi è indifferente che un' ipoteca sia stata data *prima o dopo i dieci giorni* precedenti, o alla rinunzia o all'accettazione col benefizio dell' inventario. »

(Eccezione a questo riguardo per le ipoteche anteriori alla legge di *brumaire* (novembre.)

121. Ma pel caso dell' eredità beneficiaria o giacente dee militare la stessa eccezione da me già spiegata pel caso del fallimento relativamente ai creditori che avevano un' ipoteca anteriore alla promulgazione della legge di *brumaire* : le ragioni sono le medesime. Il che è stato giudicato con tre decisioni della Corte di Cassazione. La prima è del 17 dicembre 1807 ; la seconda del 5 settembre 1810 , e la terza del quattro luglio 1815 (1). Quest' ultima decisione è più importante delle altre perchè à giudicata la quistione nella circostanza di un' eredità giacente prima della legge di *brumaire* (novembre) a danno della quale era stata presa iscrizione vigente il Codice civile, nel 1813 e 1814. Questa decisione conferma quello ch' io ò detto nel numero precedente, che non vi era, cioè, niuna differenza fra una eredità accettata col be-

(1) Denevers anno 1808, pag. 6, supp. ; anno 1810, pag. 512 ; anno 1815, pag. 559.

neficio dell'inventario, ed una eredità giacente. Nondimeno bisogna osservare che quando l'iscrizione è presa dopo il termine prescritto per le iscrizioni delle antiche ipoteche, dalla legge di *brumaire* e dalle leggi posteriori che lo prorogarono, e quindi sotto il Codice civile, essa non conferisce l'ipoteca che a contar dalla sua data. Si ritorna allora alle regole generali riguardanti le iscrizioni di ogni specie, fatta astrazione dal caso del fallimento, e da quello dell'eredità giacente, o beneficiaria. Ciò risulta dalla dispositiva della decisione del 4 luglio 1815.

(I principj qui sopra espressi valgono anche per l'eredità ricadute ai minori?)

122. Persil, *Regime hypoth*; sull'art. 2146 * 2040, n.° 13, tratta la quistione se i principj da me esposti deggiono, o no, applicarsi all'eredità ricadute ai minori come quelle che non possono altrimenti accettarsi che col benefizio dell'inventario. Egli è per l'affermativa ed eccone i motivi: « Sembra senza alcun dubbio esservi forti ragioni per proporre delle modificazioni: ma questa è la legge; essa non distingue e noi nol possiam neppure. Il legislatore sapeva che il minore non poteva mai accettare altrimenti che col benefizio dell'inventario; e se non à fatta eccezione a favore dei creditori di questi, è perchè à voluto trattarli come gli altri. »

Questo autore sagace à vista perfettamente tutta la difficoltà: ma io non saprei essere del suo avviso. Egli à visti alcuni dubbj, ed, a mio credere, è stato troppo timido nel risolver la quistione. Io porto opinione che i principj dei quali si tratta non possono militare per una successione accettata da un minore, o piuttosto, per un minore, il che non può farsi

che col benefizio dell'inventario. Quando il legislatore nell'art. 2146 ✻ 2040, ha detto, *e nel caso che l'eredità sia stata accettata col benefizio dell'inventario* mi par chiaro che non altro à avuto di mira che il caso delle accettazioni fatte dai maggiori sotto questo titolo del benefizio dell'inventario. Quale n'è la ragione. Si è che in questo caso si presume la insolvibilità della successione. Siffatta presunzione sorge dalla prudente precauzione presa da un maggiore, contra il corso ordinario delle cose, per evitar la confusione dei suoi proprj beni con quelli dell' eredità, e di allontanar da lui l' obbligazione di pagare i debiti *ultra vires*. Questo maggiore agisce volontariamente; ma questo motivo della legge è estraneo ad una eredità devoluta ad un minore. La legge, art. 461 ✻ 384 del Codice civile, stabilisce, unicamente riguardo allo stato di minore, la necessità di un'accettazione col benefizio dell' inventario; o, per meglio dire, essa dà ad ogni accettazione di eredità per parte di un minore, il carattere di accettazione col benefizio dell'inventario. Un tal carattere è indipendente dalla volontà del minore. D'altronde fa d'uopo badare al risultato dell' art. 461 ✻ 384. Ivi è detto: « Il tutore non potrà accettare nè ripudiare una eredità devoluta al minore se non previa l'autorizzazione del consiglio di famiglia. L'accettazione non avrà luogo altrimenti, che col benefizio dell'inventario. » Se il tutore non è autorizzato a ripudiare, l' accettazione n'è una conseguenza; e di là deriva, sebben l'accettazione debba aver luogo col benefizio dell' inventario, una esclusione della idea che l' eredità sia nello stato d' insolvibilità, o di fallimento. Ora è solo da questo stato che sorge il principio della nullità della iscrizione.

Si può anche dire che, ad onta della disposizione dell' art. 461 ✻ 384 del Codice civile, la quale

in sostanza è saviissima, quello che à rapporto all'accettazione delle eredità ricadute ai minori non differisce essenzialmente da quel che praticavasi nell'antica legislazione. Perchè un tutore potesse ripudiare un'eredità doveva essere autorizzato dal consiglio di famiglia. Ma quando non trattavasi di ripudiazione, l'eredità poteva accettarsi dal minore, o per lui, nel modo stesso nel quale l'accettavano i maggiori. Nondimeno il minore poteva sempre rivenire contra l'accettazione, ed anche contro quella che egli era personale, nei dieci anni a contar dalla sua maggior' età; il che in quanto all' effetto, ritorna allo stato attuale delle cose. Il minore poteva sempre ridersi della sua qualità, e perciò non si applicava all' eredità ch' egli raccoglieva il principio relativo all'eredità devolute ai maggiori ed accertate da questi col benefizio dell' inventario. Non si può quindi motivare un cangiamento nell' attuale legislazione.

Ciò non pertanto la difficoltà richiama l'attenzione del legislatore, nel caso che la legge venga riveduta. Non si deggion mettere ostacoli inutili alla conservazione delle ipoteche, nè moltiplicare le nullità.

(I principj relativi ai fallimenti si applicano ai casi d'insolvibilità o decozione di un debitore non commerciante?)

123. È un'importante quistione, e che merita di essere esaminata, se le leggi relative ai fallimenti, per ciò che riguarda la validità o invalidità dell' iscrizione sieno applicabili allo stato d'insolvibilità nel quale si pretenderebbe di esser caduto un debitore non commerciante; stato che si è sempre conosciuto col nome di *decozione*. Secondo quel ch'è detto dall'art. 180 *de la coutume de Paris*, e dall' art. 449 *de la coutume d'Orléans* che è uniforme a quello, il debitore è decotto quando i suoi beni tanto mobili che immobili non bastano a pagare i creditori appa-

renti. Allora, nel caso di pignoramenti di mobili, il creditore pignorante, non aveva alcuna preferenza sugli altri creditori contra la regola generale. Essi concorrevan tutti per contributo su i beni mobili del debitore. Vi era anche contributo per gl' immobili; ma ciò non poteva accadere se non nel caso in cui tutt' i creditori fossero stati chirografarj; mentre i privilegj e le ipoteche eran sempre conservate. Quindi la *decozione* non significava altro che l' *insolvibilità*: ma questo stato di decozione o d' insolvibilità non era sempre ben riconosciuto ed avverato. Spesso era supposto, e ciò che lo prova sono i termini di *creditori apparenti* coi quali esprimevansi le due costumanze di Parigi e d' Orleans, che formavano il dritto comune della Francia, tranne i paesi ove vi eran leggi e costumanze contrarie: vi si dicea che se si elevavano fra i creditori *apparenti* delle quistioni sulla capienza od incapienza dei beni, i primi e più diligenti dovevano avere il prezzo de' mobili da essi eseguiti, o pignorati dando cauzione di restituirli, *nel caso che i beni del debitore non fossero sufficienti*. Pothier sull' art. 447 *de la coutume d'Orléans*, nota 5, spiega i motivi di questa legislazione. Essa si proponeva, ei dice, di evitar le frodi e le collusioni: un debitore decotto, cui la legge in questo caso non permette di favorire uno de' suoi creditori piuttosto che un altro, potrebbe avvertire il creditore ch' ei vorrebbe favorire di pignorare i suoi effetti. Per evitare una tale collusione la costumanza, nega la preferenza al primo pignorante nel caso di decozione.

Ma in tutto questo vi è forse un segno caratteristico di questo stato di decozione, o insolvibilità, dopo del quale non si potesse ricevere ipoteca, col mezzo di un titolo sugl' immobili di una persona decotta? Nell' antica legislazione non vi è nulla che

possa servir di sicura guida a questo proposito. Vi è dunque luogo a credere che un semplice stato, come quello al quale si era dato, il nome di *decozione* sotto questa antica legislazione, non rendeva nulla questa ipoteca, almen di dritto. Una persona può essere insolvibile; questo stato d'insolvibilità può ignorarsi; le si può dare in prestito essendo in buona fede, e prendere anche iscrizione su i suoi immobili. Vi è una gran differenza fra un negoziante o mercante, ed uno che non lo è. Il negoziante ha la qualità di un uomo pubblico; il credito è l'anima del commercio; l'esercizio del suo stato è l'oggetto di una particolar vigilanza della legge sotto molti rapporti. Il mantenimento, o indebolimento del suo credito sono spiati, e possono essere riconosciuti a molti segni che sono estranei a chiunque non è commerciante o negoziante. Colui che dasse in prestito o prendesse iscrizione contro un negoziante o commerciante, nei dieci giorni precedenti al fallimento, si presume aver previsto l'avvenimento. Ora, non possono farsi le supposizioni medesime riguardo ai creditori di ogni persona estranea al negozio o al commercio.

Quindi questa idea di nullità d'iscrizione, per un semplice stato d'insolvibilità più o meno stabilito, non può risultare da niun articolo della nostra legislazione. Nell'art 11 della legge del 9 *messidor*. anno 3 (30 giugno 1795), dicevasi che le sentenze rese nei dieci giorni anteriori al fallimento, *bancarotta*, o cessazione dai pagamenti di un *commerciante* non sono capaci d'ipoteca. L'articolo 5 della legge di *brumaire* fu così concepito: « L'iscrizione presa nei dieci giorni prima del fallimento, della *bancarotta*, o della cessazione pubblica dai pagamenti di *un debitore*, non conferisce ipoteca. » La sostituzione della parola *un debitore* a quella di *un commerciante* che trovansi nell'art. 11 della

legge dei 9 *messidor* anno 3 (30 giugno 1793), ha fatto forse supporre che la legge di *brumaire* (novembre) si riferiva a qualsivoglia debitore sia o no commerciante, il che ha forse data l' idea della *decozione* o semplice insolvibilità vera o presunta. Ma questa conseguenza non sarebbe ben fondata, poich' è sempre vero che questo art. 5 era concepito coll' idea di *fallimento*, *bancarotta*, o *cessazione dai pagamenti*; e qui vi sono caratteri proprj che non convengono alla *decozione*. In fine l' art. 2146 ✳ 2040 del codice civile parla manifestamente dei fallimenti e dell' eredità accettate col benefizio dell' inventario. Gli articoli 442 ✳ 434 e seguenti del codice di commercio prendono di mira il fallimento, ed un fallimento, secondo la stessa legge ha un carattere legale per la dichiarazione dell' epoca in cui essa è aperta. Vi è di più; non vi è fallimento propriamente detto se non per un commerciante, giusta l' art 437 ✳ 429. Quindi convien dire che la legislazione non può applicarsi che ad un fallimento propriamente detto, ovvero ad una eredità beneficiaria o giacente. Sono i soli casi disegnati dalla legge; talchè se si volessero applicare le disposizioni legislative, da me indicate, allo stato che anticamente indicavasi col nome di *decozione*, non vi sarebbero basi fisse, e non si possono certamente creare delle nullità, che si paragonano a disposizioni penali, quando non sono stabilite dalla legge.

In vero negli articoli 1276, 1446, 1865, 1913, e 2032 ✳ 1230, 1410, 1737, 1785, 1904 del codice civile si parla della *decozione*: ma penetrandosi delle disposizioni di questi articoli e del loro oggetto si riman convinto che il legislatore non ha voluto confondere la decozione col fallimento; che il fallimento riman sempre colle sue regole particolari, e che secondo lo spirito di questi articoli

lo stato di *decozione* non è altra cosa che lo stato d' *insolvibilità*, Quest' ultimo stato doveva necessariamente, esser preso in considerazione dal legislatore in alcune circostanze, mentre esso ricorda troppo spesso le frodi per parte del debitore sia per deludere tutt' i suoi creditori di ogni specie, sia per favorirne alcuni a danno degli altri; e perchè anche questo stato, quando si supponesse, doveva permettere alcune procedure da parte dei creditori, per la conservazione dei loro dritti. Ma il legislatore non ha fissata alcuna regola dalla quale possa ricavarsi la nullità dell' ipoteca data, o dalle iscrizioni prese prima che vi fosse una certa ed evidente insolvibilità.

D' altronde se dovesse asssimilarsi lo stato di *decozione* di qualunque persona non commerciante a quello di *fallimento*, che riguarda solo il commerciante, bisognerebbe conchiudere che tutte le vendite, quietanze, o ipoteche date da colui che senza essere commerciante, caderebbe nello stato di *decozione*, nei dieci giorni anteriori all'epoca in cui sarebbe verificato un tale stato di *decozione*, sarebbero nulle come quelle fatte e date dal fallito nei dieci giorni anteriori all' apertura del fallimento Ma sarebbe difficile di andar fin là, mentre niuna legge pronunzia in questi casi la nullità. Si sa pur troppo, e specialmente in fatto di nullità, che non si può estendere un caso ad un altro. Questo principio dee essere rigorosamente seguito quando trattasi di eccezioni. Le disposizioni della legge pei casi di fallimenti possono riguardarsi come eccezioni alle regole generali, e si conosce che l' eccezione dee sempre restringersi al caso pel quale fu stabilita.

Sono a mia conoscenza tre decisioni di Corti di appello rese sulla quistione se le regole relative al fallimento debbono valere pei casi d' insolvibilità o

decozione di qualunque debitore, sia o no commerciante. La prima è del 17 febbraro 1810 della Corte di Bruselles, la seconda del 25 marzo 1811, della stessa Corte, la terza del 24 marzo 1812 della Corte di Rennes. Ma è impossibile di scorgere nelle due prime una sicura applicazione dei principj riguardanti le decozioni ed i fallimenti, sebbene vi si scorga una tendenza a stabilire una simiglianza fra i due casi. Nondimeno il giudicato da queste due decisioni sono molto giuste; e questo è solo per la considerazione delle circostanze, astrazione fatta dalla più o meno giusta applicazione de' principj di un caso ad un altro. In quanto alla decisione della Corte di Rennes, essa merita una particolare attenzione. Vi si trova un' esatta esposizione dei principj sull' assunto. Il *fallimento* e la *decozione* vi sono ben distinti, e se deve aver luogo la nullità degli atti nel caso di decozione, ciò non è pei medesimi principj e collo stesso modo col quale dee pronunziarsi la nullità nei casi di fallimento.

Ma ciò che dee fissar le idee a questo proposito è una decisione della Corte di cassazione del 2 settembre 1812. Un creditore attaccava di nullità una vendita d' immobili fatta dal suo debitore che non era nè mercante nè banchiere, stantecchè all' epoca della vendita, il venditore era nello stato di decozione e quindi incapace di alienare i suoi beni, giusta le leggi relative ai fallimenti. Il creditore aveva perduto innanzi alla Corte di Nanci, ed il ricorso avverso siffatta decisione fu rigettato dalla Corte di cassazione. « Attesocchè, dice la decisione, dichiarando che le leggi concernenti i fallimenti non sono applicabili a N... che non era mercante nè negoziante, nè banchiere, la decisione non ha potuto violar queste leggi, *che*

non regolano gli obblighi contratti da' non mercanti (1). »

Laonde tutti gli atti attaccati di nullità a motivo dello stato di decozione o d'insolvibilità, rientrano nel dritto comune, giusta il quale tutto ciò ch'è fatto in frode dei creditori è nullo, ed il carattere della frode è certamente soggetto alle circostanze. Ma non si può già dire che un'iscrizione presa nei dieci giorni anteriori allo stato di decozione evidentemente riconosciuto, sia nulla di dritto.

(Dell'iscrizione presa contro di quello che à fatto cessione di beni.)

124. Veniamo al caso di una cessione di beni sia volontaria, sia giudiziaria per parte di un debitore oberato. In ordine a questa controversia fa mestieri di distinguere il negoziante o commerciante da quello che non lo è. In quanto al primo, una cessione volontaria ed accettata, come quella chiesta al giudice, à un carattere di fallimento, ed allora si deggiono applicar a lui tutte le regole relative ai fallimenti. Non è la stessa cosa in quanto al secondo la cui cessione dei beni fosse accettata, o che chiedesse al magistrato che venga ammessa. L'una o l'altra delle due circostanze prova il disordine de' propri affari; ordinariamente, essa è una prova d'insolvibilità; ma da ciò non deriva che debba esser trattato come un mercante o negoziante costituito nello stato di fallimento, e che una iscrizione presa contro di lui nei dieci giorni

(1) Sulle quattro decisioni citate veggasi Sirey anno 1810, par. 2, pag. 235. Denevers anno 1812, p. 624, e p. 54 supp., ed anno 1813 pag. 3, supp.

prima della cessione sia nulla di dritto. Questo rientra in ciò che da me si è detto intorno ai casi di decozione e d'insolvibilità. Lo stato degli affari di questo commerciante può non esser conosciuto. Si può essere di buona fede nel prendere ipoteca o iscrizione anche in questi dieci giorni. La legge non presume la frode che dà luogo, *de plano* alla nullità della iscrizione presa in quell' epoca. Il Codice civile à un titolo sulla *cessione dei beni*; esso parla altrove del fallimento. Il Codice di commercio à pure un titolo sulla *cessione dei beni*, ed in nessun luogo di questi il legislatore, ha rassomigliato almeno sotto al rapporto di cui si tratta, colui che non è commerciante a colui che esercita questo stato, e fallisce.

A quanto io ò detto potrebbe opporsi che il Codice di commercio al lib. terzo tit. 2 *della cessione dei beni* dà la qualità di fallito a colui che fa o domanda questa cessione. Ma non è poi questa una ragione per conchiudere che ogni cessionario debba considerarsi propriamente come un *fallito* nel senso dell' articolo 2146 ✳ 2040 del Codice civile, e dell' articolo 443 ✳ 435 del Codice di commercio. Per poco che uno si penetri dello spirito della legislazione rimarrà convinto che la designazione di *fallito*, e che quella di *bancarottiere* non convengono che ai negozianti o commercianti. « Sarà convenuto come *bancarottiere semplice*, e potrà esser dichiarato tale il *commerciante fallito* che si troverà in uno o più dei casi seguenti ». Ecco come si esprime l'art. 583 ✳ 580 del Codice di commercio. E nell'art. 596 ✳ 587 si legge: « Sarà dichiarato *bancarottiere* doloso ogni *commerciante fallito* che si troverà in uno o più de' seguenti casi ec. » Le disposizioni di questi articoli e di quelli che li seguono son tali da non potersi riferire ad altri che a ne-

gozianti o mercanti caduti in uno stato di fallimento. Bisogna avvertire che il commerciante *fallito* può essere ammesso a far la cessione dei beni come qualunque persona che nol sia: questo può aver contratti dei debiti col patto dell'arresto personale, come, per esempio, un medico, che avesse sottoscritte delle lettere di cambio, e sarà principalmente per disobbligarsi da questo patto ch'egli chiederà di essere ammesso al benefizio della cessione dei beni: ma per questo ei non ha la qualità nè il carattere di *commerciante fallito.* In una parola conviene, stare all'art. 437 ✻ 429 del Codice di commercio, che dice: « Ogni *commerciante* che cessa di fare i suoi pagamenti è nello stato di *fallimento.* » Questo articolo regola tutte le disposizioni del lib. 3, *dei fallimenti e delle bancarotte*; e ravvicinando questo articolo e le sue disposizioni all' art. 2146 ✻ 2040 del Codice civile si riman convinto che questo articolo, come anche l'articolo 443 ✻ 435 del Codice di commercio riguarda unicamente i *commercianti falliti*, e non altro sebbene ammesso al benefizio della cessione dei beni. Quel che finisce di provarlo si è che l'articolo 2146 ✻ 2040 à preso per base della nullità delle iscrizioni il caso in cui *esse sono prese nel termine durante il quale gli atti fatti prima dell' apertura del fallimento son dichiarati nulli.* Il legislatore pronunziando questa nullità non ha preso di mira che un *negoziante o mercante fallito.*

Io dunque credo che sarebbe difficile di riguardar come nulla di dritto una iscrizione presa contro un debitore, che fa cessione di beni, nei dieci giorni precedenti a questa cessione. Son di avviso che, siccome in fatto di decozione, il destino delle iscrizioni prese prima della cessione o prima della domanda tendente a farla ammettere,

dee dipendere dai principj generali in materia di dolo, la cui applicazione è subordinata alle circostanze.

(Per le iscrizioni prese in caso di fallimento per privilegj, od ipoteche legali vale la stessa regola che per le iscrizioni prese per gli altri crediti?)

125. Quando più sopra ò detto che le iscrizioni prese nei dieci giorni prima del fallimento eran nulle, come quelle prese dopo l' apertura di una successione quando questa era in seguito accettata col benefizio dell' inventario, o che diveniva giacente, io ò parlato delle ipoteche ordinarie. Ma è forse lo stesso pei privilegj ed ipoteche legali per le quali si fosse presa iscrizione nelle medesime circostanze? Una tale quistione è importantissima: essa presenta gravi difficoltà, cosicchè bisogna che venga esaminata.

L' art. 2146 ✳ 2040 del Codice civile comprende nella stessa nullità, il privilegio o l' ipoteca pei quali fu presa iscrizione. L' articolo 443 ✳ 435 del Codice di commercio dice: « Niuno può acquistar privilegio nè ipoteca sopra i beni del fallito, nei dieci giorni che precedono l' apertura del fallimento. » Prendendo questi articoli in un senso assoluto, bisognerebbe conchiudere che i principj ivi consegrati si applicano indistintamente a tutt' i privilegi ed a tutte le ipoteche. Ma questa conclusione resisterebbe ad altri principj stabiliti nella legislazione su questa materia, ed è indispensabile di conciliarli colle disposizioni di questi due articoli della legge. Io da prima mi spiegherò per quel che concerne i privilegj, e quindi per quel che concerne le ipoteche legali.

In ordine ai privilegj ve n'ha di quelli che si conservano senza la iscrizione, ed altri che son

soggetti alla iscrizione che dev' esser presa in un termine più o meno lungo. Ora pei privilegj esenti dalla formalità della iscrizione è evidentissimo che i creditori ai quali appartengono, possono presentarsi, collo stesso vantaggio dopo l' apertura del fallimento, come prima.

In ordine ai privilegj sottoposti alla formalità della iscrizione, convien distinguere: o al momento dell'apertura del fallimento, o dell' apertura della successione accettata col benefizio dell' inventario, ovvero divenuta giacente il creditore era ancora nel termine accordatogli per prendere iscrizione, o questo termine era spirato. Nel primo caso è indubitato che il creditore può esercitare il suo privilegio colla data cui risale per legge, poichè fino allo spirar del termine nel quale la iscrizione poteva prendersi il privilegio sussiste così come la legge lo à creato. Nel secondo caso il privilegio non ha potuto esser conservato risalendo alla data del fatto cui la legge lo à applicato: esso non può esser classificato che come ipoteca dal dì della iscrizione. La ragione si è che a termini dell' articolo 2113 ✳ 1999, spirato il termine senza essersi presa iscrizione il privilegio degenera in semplice ipoteca sul fondo colpito dal privilegio. La iscrizione allora non à potuto avere per oggetto che un'ipoteca, e questa ipoteca rientra nei principj relativi a tutte le ipoteche in generale, pel caso di apertura di un fallimento, o per quello dell' apertura di una successione accettata in seguito col benefizio dell' inventario, o per l' altro di una eredità giacente. L' ipoteca continua ad esser legale in questo senso però ch' ella esiste come per lo innanzi, senza stipulazione e senza sentenza di condanna; ma sotto al rapporto dei dritti annessivi quest' ipoteca è subordinata al dritto comune.

Seguendo le distinzioni da me fatte, l' iscrizione, pei privilegj stabiliti dagli articoli 2109 e 2111 ✻ 1995 e 1997 del Codice civile, la quale non fosse stata fatta nei termini fissati dalla legge e che il fosse nell' epoca di cui si tratta, correrebbe la sorte di tutte le altre iscrizioni d' ipoteche ordinarie fatte nell' epoche medesime. (1) Sarebbe la stessa cosa del privilegio enunziato nell' art. 5 della legge del 5 settembre 1807, relativa ai dritti del tesoro pubblico su i beni de' contabili, il quale con un avviso del Consiglio di stato, del 25 febbraro 1808, si è esteso anche al tesoro della corona. Dovrebbe osservarsi collo stesso interesse quello enunziato nell' art. 3 della legge del medesimo giorno 5 settembre relativo al modo di esazione delle spese di giustizia a favore del tesoro pubblico in materia criminale, correzionale, e di polizia.

Ma il principio della decadenza o riduzione dell' effetto dell' iscrizione del privilegio, nel caso di cui si tratta, non può riguardare, nè il privilegio dei crediti enunziati nell' art. 2101 ✻ 1970 del Codice civile, poichè questo privilegio è esente dalla iscrizione in virtù dell' art. 2107 ✻ 1993, nè quello ch' è stabilito dall' art. 2110 ✻ 1996 che riguarda gli architetti, appaltatori, muratori ec. Ivi è chiaramente espresso ch' essi conserveranno il loro privilegio dalla data della iscrizione del processo verbale comprovante lo stato dei luoghi: ma la legge non à fissato un tempo entro

---

(1) Sul privilegio enunziato nell' art. 2109 ✻ 1995 del Codice civile ch' è quello del pareggiamento delle porzioni fra coeredi e condividenti, veggasi ciò ch' io ò detto nel *Traité des donations* tom. 1, pag. 672 e 673, 2.ª edizione.

cui debba farsi questa iscrizione sotto pena di ridurre il privilegio a semplice ipoteca. Già si vede ch' io parlo di costruzioni fatte prima di un fallimento che i costruttori non potevano prevedere, e che per questa ragione non potrebbero esser vittime della demancanza d' iscrizione anteriore all'apertura del fallimento, o anche ai dieci giorni che lo precedono. Le loro costruzioni sono un fatto materiale che assicura il loro credito privilegiato. Io non parlo delle costruzioni fatte in forza di un partito conchiuso dopo l' apertura del fallimento, o nei dieci giorni che lo precedono, poichè questo fatto non può presumersi. Non vi è neppur decadenza per mancanza d' iscrizione contro il privilegio del venditore o di colui che somministra il danaro, ch'è stabilito dall' art. 2108 ✳ 1994 poichè non vi è termine fissato per la iscrizione.

È per non essersi fissato un termine sia nella legge di *brumaire* (novembre) sia nel Codice civile, che si è dato luogo a tanta estensione al modo di conservare il privilegio del venditore del quale parlo nella sezione 3.ª del cap. 1.° della 2.ª parte. L' iscrizione non costituisce il privilegio, come costituisce l' ipoteca: essa non dà a quello un grado dal dì ch' è presa, come lo dà all' ipoteca: il privilegio esiste per la sola natura del credito, e la iscrizione non è che una formalità *per dargli effetto, e non già per crearlo.* È dunque evidente che il creditore il quale prende una iscrizione per un simile oggetto, non fa che adempiere una formalità per *conservare* un dritto, e non per *acquistarlo* (1). D' altronde come potreb-

(1) Debbo dire che qui ripeto le espressioni che trovansi in una discussione che à preceduto una decisione della Corte di cassazione, sezione de' ricorsi del 16 lu-

besì annullare un'iscrizione presa per la conservazione del privilegio del prezzo di una vendita per la ragione, che per accidente, dopo fissata l'epoca dell'apertura d'un fallimento, questa iscrizione si fosse presa nei dieci giorni che l'han preceduto, poichè, com'io lo dirò in seguito, il venditore che non avesse presa alcuna misura per la conservazione del suo privilegio sul prezzo, potrebbe giusta la giurisprudenza stabilita, chiedere, per mancanza del pagamento del prezzo, la risoluzione della vendita, e la revindicazione del fondo venduto?

Nondimeno, la decisione del 16 luglio 1818, da me citata nella nota, sembra aver giudicato che la iscrizione presa per un privilegio di vendita, nei dieci giorni prima dell'apertura del fallimento doveva esser nulla, giusta l'art. 2146 ✱ 2040 del Codice. Ma questa decisione non fa giurisprudenza su questo punto. Le circostanze hanno necessariamente influito sulla decisione. In fatti, il creditore, per facilitare gl'imprestiti al debitore aveva consentito alla radiazione d'un' antica iscrizione, presa l'anno 13 (1805). Quindi giudicando che una nuova iscrizione era nulla, si decise nel tempo stesso ch'egli non poteva essere ammesso a dimandare la risoluzione della vendita, poichè presumevasi aver egli rinunziato a questo dritto per aver assistito alla vendita per spropriazione forzata, e ch'egli erasi presentato al giudizio di graduazione per esser graduato sul prezzo: talchè sembrerebbe che questo creditore sarebbe stato privato di ogni qualunque dritto. Sa-

glio 1818, Denevers anno 1818, pag. 598, perchè le idee ne sono esattissime. Io le sviluppo più particolarmente nel luogo che or ora ò indicato.

rebbe inutile di far delle osservazioni su questa decisione in se medesima: mi basta il poter dire che la decisione non giudica la quistione in tesi generale.

Osservo però che sarebbe a proposito che i privilegi i quali dovrebbero essere iscritti in un termine stabilito dalla legge ma che non fosse spirato nell'epoche menzionate nell' art. 2146 ✳ 2040, il fossero sempre prima di spirar questo termine, sebbene posteriormente a quest' epoche.

(Applicazione del principio alle ipoteche legali.)

126. Vengo alle ipoteche legali. Anche quì bisogna distinguere quelle che sono soggette alla iscrizione da quelle che nol sono.

Riguardo a queste ultime possono esercitarsi indipendentemente da ciò che riguarda l' apertura del fallimento. Non è la iscrizione che dà loro l' esistenza o l' efficacia; esse esistono con tutt' i loro effetti, ed in tutta la estensione, senza la formalità della iscrizione, risalendo ai fatti ai quali la legge le applica. L' iscrizione non è necessaria per classificarle. Se si prende questa iscrizione ciò accade perchè vi sono delle circostanze nelle quali convien farle conoscere. Ciò è anche necessario quando trattasi di doversi aprire una graduazione su i beni del debitore.

Ma trattandosi d' ipoteche che sebben legali son sommesse alla iscrizione, e per le quali non trovasi accordato alcun termine entro cui debba prendersi iscrizione, da quel che ò detto risulta che l' ipoteca non prendendo il suo grado che dal dì della iscrizione, questo grado non si stabilisce se non quando l' iscrizione è presa in un tempo utile, come tutte le iscrizioni in generale. La legalità di queste ipoteche altro vantaggio non dà loro meno

quello di esistere in forza della legge, senza contratto o senza sentenza di condanna e di gravitare, per effetto della generalità su tutt' i beni presenti e futuri: ma, essendo sottoposte alla formalità della iscrizione, e la legge non dando loro un grado se non dal dì della iscrizione, esse per questo solo, ricadono nella regola delle ipoteche in generale.

(Delle iscrizioni che gli agenti e sindaci delle fallite sono obbligati di prendere in forza degli art. 499 e 500 ✻ 491 e 492 del Codice di commercio.)

127. L'art. 499 ✻ 491 del Codice di commercio impone l'obbligo agli agenti e sindaci nominati per le fallite, di richiedere l'iscrizione ipotecaria su i beni stabili del debitore del fallito, se essa non sia stata richiesta da costui e se egli à dei titoli ipotecarj. L'art. 500 ✻ 492 dice ch'essi saranno anche obbligati in nome del ceto dei creditori di prendere iscrizione sugli stabili del fallito, di cui avranno contezza. Ciascuno di questi due articoli regola le formalità particolari per queste iscrizioni.

Le disposizioni di questi due articoli sono infinitamente saggie: lo scopo del primo è di conservar le ipoteche che appartener potessero al fallito, e che potrebbero esser purgate in suo pregiudizio per mancanza di atti conservatorj da un fallito. Lo scopo del secondo è di conservar alla massa intera dei creditori i crediti che ciascun di essi potrebbe ignorare. Gli agenti ed i sindaci presumendosi che si abbian procurate le notizie proprie a questo riguardo, in seguito delle prime nozioni che sono obbligati di acquistare intorno agli affari del fallito, e sulla conoscenza dei titoli, dovevano essere incaricati naturalmente di queste iscrizioni. L'art. 500 ✻ 492 à pure un altro scopo importante. Il fallito può avere delle proprietà lontane dal luogo del suo domicilio: lo stato del suo fallimento potrebb'es-

sere sconosciuto, ed i terzi, trattando con lui, potrebbero esser le vittime della loro buona fede. Nondimeno, la natura di tutte le ipoteche individuali non si cangia; tutto si confonde nella massa. Gli effetti operati dall' apertura del fallimento sulla stabilità dei crediti, rimangon fermi. Quindi giusta il senso in cui deve intendersi questo articolo, una decisione della Corte reale di Dijon, del 26 febbrajo 1819, ed un' altra della Corte reale di Limoges, del 26 giugno 1820, han giudicato che l' iscrizione presa dai sindaci d' una fallita, in forza di questo stesso articolo, non operava la rinnovazione della iscrizione di uno dei creditori che doveva farsi prima dei dieci anni della sua data; che questo creditore avrebbe dovuto egli medesimo rinnovar la sua iscrizione. Nella sentenza del tribuna. civile di Limoges confermata in grado di appello si legge: » L' iscrizione presa in forza dell' art. 500 ✻ 492 del Codice di commercio non à altro scopo se non quello di rendere più notorio lo stato del fallimento, e d' impedire che i fondi possan vendersi clandestinamente, ed in danno del ceto: ma essa non conserva ad ogni creditore tranne *i dritti ch' ei deffinitivamente aver poteva, senza che ne risulti alcuna preferenza.* Laonde questa iscrizione non à per oggetto nè di conferire un' ipoteca già acquistata e non iscritta prima del fallimento, nè di prorogare il termine di dieci anni, quando l'ipoteca iscritta non è stata rinnovata a tempo. » Le stesse idee son consecrate nella decisione della Corte reale di Dijon. Queste due decisioni trovansi nel continuatore di Denevers, *anno 1821, pag. 69, supp.* sul senso dell' art. 500 ✻ 492 può riscontrarsi il *Cours de droit commer. de M. Pardessus, tom. 3 pag. 280, e l' Esprit. du Code de comm. di M. Locré* su questo art. 500 ✻ 492.

Osservo che quasi tutte le legislazioni ipotecarie

dan l' esempio di simili misure Nell' art. 18 dell' editto del ceto dei creditori potranno opporsi nel detto nome, ed in forza di questa opposizione, essi conserveranno i dritti di tutt' i detti creditori. »

Questo articolo era conforme all' art. 2 dell' editto di febbrajo 1683, contenente un regolamento per la vendita degli uffizj e distribuzioni di prezzo, ed all' art. 2 della dichiarazione del 17 giugno 1703, relativo alla stessa materia. Gli autori insegnano ancora che queste misure avevano per motivo d'evitare le spese delle moltiplicate opposizioni che si sarebber fatte in nome di ogni creditore, il che può applicarsi oggi alle iscrizioni.

(Effetto delle domande dirette contra l' erede sotto al rapporto delle ipoteche, su i beni della successione. Nuova difficoltà presentata dall' art. 2146 * 2040.)

128. A questo proposito vi è un principio importante dal quale derivano molte conseguenze che si applicano a diverse parti della legislazione, ed allora, esso merita una grande attenzione. Il principio è, che i creditori semplicemente chirografarj del defunto non possono ottenere ipoteche su i beni della successione in danno degli altri creditori chirografarj. Molti autori hanno sviluppati i fondamenti di questa proposizione. Io mi contento di citare Lebrun che à di ciò particolarmente trattato. *Traité des successions, liv. 4. ch. 2, sect. 1., n. 12 et suiv.* Parlando della separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede, separazione accordata ai creditori del defunto contra quelli dell' erede; questo autore è obbligato d'invocare il principio da me ora indicato. « Nel dritto romano, ci dice, i soli creditori del defunto potevan domandare questa separazione, che loro veniva accordata per la massima che la morte fissa lo stato dei beni e de' debiti d' un uomo. Ecco perchè anche

nel nostro dritto coloro che sono semplici creditori *chirografarj*, al tempo della morte del loro debitore, non possono mai divenir *creditori ipotecarj della sua eredità*; ma solo del suo erede. » Nel num. 16 ei vi ritorna dicendo. « Poichè, come si è trovato, lo stato degli affari del defunto regolandosi dalla sua morte, ed essendo molto a proposito di dire che da questo momento, *i suoi beni ed i suoi debiti non possono più accrescersi*, *nè diminuirsi*, sarebbe ingiusto, che ad onta de'suoi creditori l'erede confondesse tutto, immischiandosi nell'eredità senza conto e misura: ed ecco quel che si permette d'impedire ai creditori del defunto, richiedendo a tempo e luogo la separazione dei beni. »

Qui trattasi, per verità, della separazione de'patrimonj fra li creditori del defunto e quelli dell'erede, ond'evitar le conseguenze della confusione la quale si opererebbe coll'adizione dell'eredità fatta dall'erede. Ma dal risultante dello stesso principio ben si scorge che i dritti rispettivi dei creditori del defunto debbono restar tali quali erano su i suoi beni, all'epoca della morte del debitore; altrimenti, il più accorto fra i creditori chirografarj del defunto, quello che per motivo della sua abitazione ne conoscesse la morte prima dei creditori lontani diverrebbero creditori ipotecarj su i beni dell'eredità, ottenendo delle sentenze, il che è contrario alla buona fede che dee regnare tanto nel fissare i dritti sulle proprietà, quanto nell'ottenere dei giudicati.

Denisart, che in tutto quello che ha scritto sulla giurisprudenza, à messa molta esattezza e molta evidenza, conferma questo principio alla parola *Hypothèque n. 45 e 46*: « Quando la ricognizione di una scrittura privata, ei dice, si fa contra l'erede di colui che l'ha sottoscritta, essa prova il dritto

del creditore sulla eredità del debitore, per facilitargli il pagamento su i beni ereditarj, in preferenza dei creditori dell' erede; siffatta ricognizione può anche dare ipoteca al creditor del defunto su' beni personali dell' erede. Ma in ordine agli altri creditori chirografarj dell' eredità, quello che à fatto riconoscere il suo titolo *non ha veruna preferenza*; i dritti dell' uno e degli altri *essendosi trovati eguali al momento della morte del debitor comune*, l' anteriorità o posteriorità delle ricognizioni o sentenze non altera le loro qualità di creditori chirografarj. » Questo autore paragona questo caso a quello della ricognizione o verificazione fatta con un curatore dell' eredità giacente. Ei dice che tali ricognizioni o verificazioni non danno ipoteca sugli stabili dell' eredità, e colui che ha la più antica sentenza contro il curatore, non à alcun vantaggio contra gli altri.

Così appunto è stata giudicata la quistione con una decisione della Corte di cassazione, del 19 febbrajo 1818, sezione dei ricorsi. Siffatta decisione richiama a se tutta la nostra attenzione: essa è rapportata da Denevers, *lo stesso anno pag. 688.* Eccone la specie. Il sig. Cavelier, banchiere a Rouen, era morto il 23 febbrajo 1810. La sua successione fu accettata puramente e semplicemente da due eredi maggiori, e da un erede minore. Ben presto si conobbe che i beni non bastavano per la soddisfazione di tutti i debiti. I signori Gihoul, Roussel, e Berthelot, creditori ereditarj, in forza di sentenze ottenute *dopo la morte del sig. Cavelier*, o d' iscrizioni prese per effetto di tali sentenze. Gli altri creditori vi si opposero sostenendo che i sig. Gihoul Roussel, e Berthelot, non avevan potuto ottenere ipoteca dopo la morte del debitor comune. Ed in fatti una sentenza del tribunale di prima istanza di Rouen, li dichiarò semplici creditori chirografarj.

La sentenza fu confermata in grado di appello da una decisione della Corte reale della stessa città, del marzo 1817. Convien valutar le parole di questa decisione: « Se si elevasse a principio, ivi è detto, il sistema degli appellanti, ne deriverebbe che dopo aperta una successione, il dritto d' ipoteca apparterrebbe a quei creditori ch' essendo più accorti, arrivassero i primi nel santuario della giustizia, e diverrebbe per essi il premio della corsa, ultima circostanza, nella quale i creditori del luogo ove si apre la successione avrebbero, un vantaggio di situazione insormontabile rapporto agli esterni, poichè essi potrebbero ottenere un' ipoteca giudiziaria, anche prima che i portatori di effetti di Marsiglia e di Amburgo avessero conoscenza della morte del debitore comune; ed altronde *in questo caso che ne sarebbe dei crediti a termine*? » Questa riflessione è profonda ed estremamente giudiziosa. Si sa che vi sono in fatti dei casi in cui, giusta la legislazione non si può ottenere ipoteca prima che spiri il termine.

La decisione della Corte di cassazione, che rigettò il ricorso prodotto avverso quella della Corte di Rouen, à più direttamente confermato il principio. « Attesocchè, ivi è detto, ch' è una massima ricevuta in tutt' i luoghi, che la morte fissa la sorte dei creditori e lo stato dei beni del defunto, e che quindi, *non è in facoltà dei creditori chirografarj di una eredità il convertirsi in creditori ipotecarj.* »

Ma lo scioglimento di tale quistione fa nascere una seconda difficoltà sul modo d' intendere l' art. 2146 ✳ 2040 del Codice civile. Si è visto, che in forza di questo articolo, il creditore che à semplicemente un' ipoteca su i beni del defunto, non può prendere effettivamente una iscrizione, dopo aperta la successione, *nel caso in cui la succes-*

sione siasi accettata *col benefizio dell' inventario.* Si potrebbe opporre che il creditore il quale ha un'ipoteca anteriore alla morte del debitore, ma che non ha presa iscrizione su i beni prima della morte, rapporto ai creditori chirografarj della successione, non può considerarsi che come un creditore chirografario. L'ipoteca, potrebbe dirsi, non ha ricevuta la sua efficacia, per mezzo della iscrizione, prima della morte del debitore. Seguendo questo ragionamento, potrebbe conchiudersene, che questo medesimo creditore non potrebbe prendere un' utile iscrizione dopo la morte del debitore, e su i suoi beni, anche quando l'eredità fosse accettata in un modo assoluto; poichè, dietro i principj al di sopra espressi, un creditore chirografario, della eredità, non può, anche quando l' erede accetta indefinitivamente l'eredità, ottener un' ipoteca sui beni ereditarj, e convertirsi in creditore ipotecario, invece di semplice creditore chirografario, com' egli era prima della morte del suo debitore.

Ma sarebbe vizioso questo ragionamento, e falsa la conseguenza. Non deve giammai paragonarsi un creditore che ha un'ipoteca su i beni del suo debitore, e che può non aver presa iscrizione, perchè prevenuto dalla morte del debitore, ad un creditore, che non à ipoteca, ch'è puramente chirografario, e che vorrebbe ottenere una condanna ipotecaria, su i beni dell'eredità in persona dell' erede. Il creditore che à un'ipoteca su i beni del debitore; e prima della morte di questo non è privato della facoltà d' iscriversi effettivamente, aperta che sia la successione, se non nel solo caso, quando, dopo la iscrizione, l'eredità viene accettata col benefizio dell' inventario, o nel caso, come l' ho già detto, in cui l' eredità divenisse giacente. Ora, in forza dell' argomento *a contrario*, la facoltà d' iscriversi sussiste se l'e-

redità è accettata puramente e semplicemente. Allora è una conseguenza dell' ipoteca già esistente. È nello spirito della legge che questa ipoteca abbia il suo compimento dalla iscrizione sulla eredità, come lo avrebbe avuto sul debitore, se non fosse morto, come giusto il permette l' art. 2149 ✻ 2043 del Codice civile. Quale n'è la ragione? La ragione si è ch' essendo l' eredità accettata semplicemente con un' adizione perfetta, il creditore si presume in buona fede quando s' iscrive dopo aperta l' eredità. Evvi una continuazione di proprietà, come vi è una continuazione di persona. L' erede puro e semplice è la continuazione della persona del defunto. Lo stato d' insolvibilità della successione risulta dall' accettazione col benefizio d' inventario, o dal divenir giacente. La presunzione che questo stato d' insolvibilità fosse conosciuto è ciò che annulla la iscrizione, come l'annulla nel caso di fallimento; ed è perchè tutto questo non ha luogo quando l'eredità si accetta puramente e semplicemente, che il creditore, il quale ha un' ipoteca prima della morte del debitore può darle un effettivo compimento per mezzo della iscrizione sebben sia presa dopo la di lui morte. D' altronde non si deve accrescere con molta facilità la difficoltà di completar l' ipoteca per mezzo della iscrizione. È secondo l' ordine di limitarsi ai casi previsti dalla legge.

(Effetto delle ipoteche ottenute dai creditori di un' eredità contra l' erede, su i beni proprj di esso.)

129. Ma qual' è l' effetto delle ipoteche ottenute dai creditori dell'eredità contra l' erede, su i beni proprj del medesimo? È fuor di dubbio che i creditori del defunto sieno ipotecarj, sieno semplicemente chirografarj, possono ottenere un' ipoteca

su i beni proprj, dell' erede, per effetto di una condanna contro di lui, o di una obbligazione o ricognizione, per parte sua, del debito del defunto: ma l' ipoteca, rispettivamente agli altri creditori personali dell' erede, non prenderà il suo grado, che dal dì della iscrizione presa su i di lui beni, in forza di sentenza o di ricognizione. Tali erano gli antichi principj. Essi sono insegnati da Lebrun *des successions liv. 11, chap. 4, sect. 1, num. 36*; da Basnage, *des hypoth.*, *chap. 5*; da Pothier, *Introd. Cout. d'Orl. tit. 20, num. 20*; e da Héricourt, *Vente des imm., chap. 11, sect. 2, num. 26*.

Il motivo per cui questa ipoteca sui beni dell' erede non comincia che dal dì della condanna ottenuta contro di lui, o dal dì della ricognizione da esso fatta, è, che per principio, un debitore non può obbligare se non i suoi beni proprj, e non mai quelli dei suoi eredi; che non vi è, dice Lebrun, seguendo le leggi romane, e la giurisprudenza, ipoteca nè espressa, nè tacita nell' adizione di una eredità: essa importa soltanto un' obbligazione personale. L' ipoteca ottenuta contra l' erede, sopra i beni proprj di lui, dai creditori ereditarj, riguardo ai di lui creditori è solamente personale; poichè, come farò conoscere in prosieguo, i creditori dell' eredità possono chiedere la separazione del patrimonio del defunto, da quello dell' erede; ma i creditori dell' erede non hanno il dritto di chiedere la separazione del patrimonio di questo, da quello della eredità.

(In qual modo eseguirsi contra l' erede, su i beni ereditarj, i titoli esecutorj contra il defunto?)

130. Finalmente quando un creditore ha un ti-

tolo esecutorio contra il defunto, può eseguirlo contra l'erede personalmente. Non è più necessario di farlo dichiarare esecutorio contra l'erede, come anticamente praticavasi, almeno nei paesi regolati dalle consuetudini: era ciò affatto inutile per la regola che *il morto coglie il vivo*. Questa è la disposizione dell'articolo 877 ✳ 797 del Codice civile. Si può dunque in ogni stato agir su i beni dell'eredità nei modi che più si crederan convenienti. Si può prendere iscrizione su questi medesimi beni, purchè il debitore morto sia indicato, come il prescrive l'art. 2149 ✳ 2043 del Codice.

Nondimeno l'art. 877 ✳ 797 vuole che i creditori non potran procedere alla esecuzione, se non otto giorni dopo aver fatta l'intimazione dei titoli alla persona o al domicilio dell'erede.

L'opinione generale si è che questa intimazione la quale, per altro, non potrebbe tener luogo del precetto nel caso in cui la legge il richiede, possa avere il suo effetto, quando venga fatto nel termine accordato all'erede per fare inventario e per deliberare, salvo a non procedere che dopo spirato questo termine, giusta l'art. 797 ✳ 714. Ma quì ben si ravvisa che è solo rapporto alle procedure giudiziarie ch'è necessaria l'intimazione del titolo. Essa non l'è rapporto alla iscrizione che non va compresa in siffatte procedure. L'iscrizione può prendersi senza questo precetto.

§. V.

Quistioni transitorie sui casi in cui si è potuto, oppur no, prendere iscrizioni ipotecarie.

(Della legge del 9 *messidor* anno 3 (30 giugno 1795) per quanto si riferisce a quella di *brumaire* (novembre).)

131. Non è mio pensiere d'ingrossar questo Trattato colle discussioni sulle quistioni transitorie. Credo ciò inutile. Do questo nome di *transitorie* a quelle quistioni che risalgono a leggi anteriori alla legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799), o che, sebbene sien nate sotto l'impero di questa legge s'intrecciano, e confondono con altre leggi figlie delle circostanze e che dipendono da avvenimenti politici. Non di meno parlerò di alcune quistioni, come quelle che si presentano spesso, ed alcune delle quali àn dato luogo a recenti decisioni. Avendo intrapreso un trattato sulle ipoteche, per renderlo completo il più che mi è possibile, debbo far conoscere tutto ciò che giova sapere, almeno nel momento nel quale io scrivo. Vi è anche un'altra ragione, e si è ch'io prendo occasione da ciò di far osservare i punti di contatto più essenziali fra la nuova e l'antica legislazione.

La legge del 9 *messidor* anno 3 (30 giugno 1795) fu la prima a stabilir la pubblicità dell'ipoteca, col mezzo della iscrizione. Ma in tutte queste leggi si vede dominare il principio da me già stabilito, che l'ipoteca esiste indipendentemente dalla iscrizione; ma che senza questa iscrizione è inerte ed inefficace. Di più, vi si vede questo principio, che se l'ipoteca non è regolarmente costituita secondo la legge esistente al momento in cui vien data,

la iscrizione non può renderla efficace; anzi partecipa della nullità stessa dell' ipoteca. Fra gli altri, si posson vedere gli articoli 19 e 255.

Questa legge prescriveva coll' articolo 1.° che a contar dal 1.° *nivose* (22 decembre) prossimo l' ipoteca avrebbe luogo e sarebbe regolata a norma dei principj e del modo di esecuzione ivi stabiliti. Ma questo termine del primo *nivose* fu successivamente prorogato da molte leggi e specialmente da quella del 21 *nivose* (11 gennajo) 19 *prairial* anno 4 (10 giugno 1797), e 27 *vendemiaire* anno 5 (18 ottobre 1797). Dalle leggi de' 21 *nivose*, e 19 *prairial* risultava che le iscrizioni potevan sempre esser prese uniformemente a ciò che per questa parte era prescritto dalla legge del 9 *messidor* anno 3 (30 giugno 1795), e che anche le ipoteche potevan purgarsi osservandosi le forme prescritte dall'articolo 105 della legge medesima, fino allo stabilimento del nuovo sistema ipotecario, che doveva esser quello ordinato dalla legge di *brumaire* (novembre). La validità di queste iscrizioni risultava benanche dall' art. 37 di quest' ultima legge. Ivi dicevasi che i dritti d'ipoteca o di privilegj esistenti in tempo della presente, che non fossero ancora stati iscritti, *in esecuzione e colle forme volute dalla legge del 9 messidor* anno 3 (30 giugno 1795) lo sarebbero improrogabilmente nei tre mesi che seguirebbero questa pubblicazione. Era un dir troppo chiaro che le iscrizioni prese in forza della legge del 9 *messidor* anno 3, erano state validamente prese, e che anche dopo la legge di *brumaire* (novembre) esse conserverebbero il loro effetto pel corso di dieci anni, come tutte le altre iscrizioni.

Nondimeno insorsero delle difficoltà a questo riguardo: ma esse furono risolute da una decisione della Corte di cassazione degli 8 *floreal* anno 13

(29 aprile 1805). *Denevers lo stesso anno pagina 433.* Si possón leggere le distinzioni sulle quali s' insisteà per rendere inutile la iscrizione, e che furon rigettate. Devo far osservare che dalle leggi di *nivose*, e *prairial* anno 4, risultava, che la purgazione delle ipoteche, relativamente alle alienazioni poteva sempre effettuirsi fino al nuovo sistema introdotto dalla legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799) colle forme stabilite coll' editto del 1771; e le opposizioni alle lettere di ratifica potevan farsi tanto presso gli antichi che presso i nuovi conservatori. (Art. 3 della legge del 19 *prairial* (10 giugno.)

(Della legge del 27 settembre 1790, e de' suoi effetti rapporto all' ipoteca.)

132. Ma eranvi delle provincie della Francia, nelle quali, anche prima della legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799) gli atti notariali e pubblici non producevano ipoteca. Essi non davano che l' azione personale, e non partorivano ipoteca se non dopo di essersi adempite ad alcune formalità conosciute sotto diverse denominazioni. Ben si scorge che intendo parlar dei paesi designati anticamente col nome di paesi di *nantissement*, d'ipoteca. Il sistema feudale e censuale, dall' esercizio del quale dipendevano queste formalità, essendo stato soppresso, fu d' uopo supplirvi con altre formalità, che furono più semplici e più comode delle precedenti. Tale fu l' oggetto della legge del 27 settembre 1790. Eccone la disposizione.

« A contar dal giorno in cui i tribunali dei distretti saranno stati stabiliti nei paesi d' ipoteca, le formalità tutte che dipendono dall' ipoteca feudale o censuale, saranno e rimarranno abolite; e fino a che non sarà stato diversamente disposto, la

trascrizione delle copie dei contratti di alienazione o d'ipoteca terrà luogo di quelle, e quindi basterà a perfezionare le alienazioni o le costituzioni d'ipoteche, senza pregiudizio, in quanto al modo d'ipotecare i beni, dell'esecuzione dell'art. 35 dell'editto del mese di giugno 1771, e della dichiarazione del 27 giugno 1772, nei paesi d'ipoteca, ov'essi sono stati pubblicati. »

Questa trascrizione facevasi, giusta l'articolo 4, dal cancelliere del tribunale del distretto, ove son situati i beni, colle forme che vi sono prescritte. Le disposizioni di questa legge sono state eseguite fino alla promulgazione della legge degli 11 *brumaire* (1 novembre) che sostituì a quelle un nuovo sistema ipotecario, modificato dal Codice civile. Questa legge di *brumaire* abrogò quindi, coll'articolo 56, la legge del 9 *messidor* anno 3 (31 giugno 1795); un'altra dello stesso giorno, che ne fu una conseguenza, relativa alle dichiarazioni fondiarie, e tutte le altre leggi, costumi, ed usi anteriori, e relativi a questo soggetto.

La legge di settembre 1790 operò un gran cangiamento per questa parte, poichè, dalla sua promulgazione, non vi fu vera ipoteca nei paesi di *nantissement*, o d'ipoteca, se non quella che risultava dalla trascrizione del titolo nel modo ch'era prescritto; e di là pure l'importante conseguenza, che le ipoteche costituite da titoli stipulati in questi paesi, durante tutto il tempo che questa legge à dovùta eseguirsi (1), non poterono

(1) Questa legge non à dovuto essere eseguita in tutt' i paesi detti di *nantissement*. L'antico uso non si era conservato che nella giurisdizione del parlamento di Fiandra, e del consiglio provinciale di Artois, in cui l'editto del 1771 non era eseguito. Veggasi *Répertoir de jurisp.* alla parola *Hypothèque sect. 1. §. 5, num. 14. et §. 13, n. 8.*

essere validamente iscritte, anche sotto l'impero della legge di *brumaire*, senza questa preventiva trascrizione cui si dava il nome di *realizzazione del contratto*. Ciò dipende sempre dal principio che vi vuole un ipoteca regolarmente costituita, e quindi resa pubblica dalla iscrizione. Questo appunto è stato giudicato da tre decisioni della Corte di cassazione: l'una del 4 *thermidor* anno 12 (25 luglio 1804); l'altra del 28 decembre 1808; e la terza del 17 maggio 1810. *Rep. de jur.* alla parola *Hypothèque, sect.* 2, §. 2, *art.* 16, *numero* 1.; *Denevers anno* 12, *pag.* 550, *anno* 1809 *pag.* 28, *e anno* 1810, *pag.* 553.

Ma ad onta della formalità della trascrizione fatta in forza della legge di settembre 1791, non vi sarebbe ipoteca se nel titolo costitutivo della obbligazione si fosse data un'ipoteca generale dei beni presenti e futuri, su i beni situati nei paesi d'ipoteca. La ragione si è che, stando al principio della pubblicità una simile ipoteca, incompatibile con questo principio, era sconosciuta. Non vi si ammetteva che l'ipoteca speciale, tranne i casi in cui gli statuti vi ammettevano l'ipoteca legale. Tutto questo aveva luogo, ancorchè le obbligazioni fatte innanzi notajo stipulavansi in paesi del regno ove l'ipoteca generale era di dritto comune. Laonde nelle decisioni or ora da me citate si osserva che questa circostanza era un motivo di più pel rigetto delle iscrizioni.

Bisogna quì fare una osservazione essenziale: vale a dire che quando si è presa un'iscrizione in forza di una trascrizione, o realizzazione del titolo, conforme alle disposizioni della legge di settembre 1790, non è sufficiente che vi sia stato una iscrizione presa in forza di un titolo costitutivo del credito, ma è necessario ancora che l'iscri-

zione ricordasse specialmente la trascrizione, poichè conferendo l'ipoteca questa sola trascrizione, essa diveniva il fondamento della iscrizione, ed ogn' iscrizione dee far conoscere ai terzi tutto quello che costituisce regolarmente l'ipoteca. Questo si riferisce a quello che altrove ò già detto, che quando cioè, il titolo costitutivo del credito è nullo e che per procurarsene uno valevole si ricorre al rimedio della ratifica, l'iscrizione dev' esser presa non solo in virtù del titolo originario, ma in virtù benanche del titolo di ratifica. Vi è pure qualche affinità fra questo caso, e quello della surroga per causa di un credito: la iscrizione dee far conoscere il titolo e la surrogazione. Tutto ciò prova una coincidenza di principj, in tutt'i sistemi ipotecarj, su quel che costituisce la pubblicità dell' ipoteca.

Ma queste realizzazioni o trascrizioni del titolo per ciò che riguardava gli acquisti, non operavano la purgazione delle ipoteche allora esistenti. Lo scopo di questa formalità, come quello delle antiche cui erasi sostituita, era solo di perfezionare l'alienazione, di spogliare il venditore e di vestir l' acquirente, ed, in quanto alle ipoteche, questo spoglio, impediva soltanto al venditore di costituirne altre per l'avvenire. Ma le ipoteche antiche tuttavia sussistevano, e non potevano estinguersi che coi mezzi ordinarj. Di là un' importante controversia, che un creditore anteriore alla trascrizione della vendita del fondo ipotecato, fatta colle forme prescritte dalla legge del 27 settembre 1790, poteva utilmente iscriversi, anche dopo la legge degli 11 *brumaire* anno 7 (1 novembre 1795) quando l' acquirente non aveva fatto trascrivere colle forme prescritte dall' art. 44 di questa legge o dall' art. 105 della legge del 9 *messidor* anno 3 (30 giugno 1795), salvo a non classificar l'ipo-

teca che dal dì della iscrizione, giusta il principio generale. Ecco quello ch' è stato giudicato da una decisione della Corte di cassazione, del 20 *frimaire* anno 14 (11 decembre 1805) Denevers, *anno 1806, pag. 62.*

(Conseguenza della stessa legge del 27 settembre 1790, in ordine alla trasmissione della proprietà.)

133. Erasi promossa la difficoltà, se la legge del 27 settembre 1790, fosse o no applicabile ai contratti di alienazione anteriori alla promulgazione di questa legge. La Corte di cassazione è stata per l'affermativa con una decisione del 5 gennajo 1818. *Denevers lo stesso anno pag.* 68. La formalità della tradizione era la sola che consolidasse la proprietà in persona dell' acquirente. Fino allora l'acquirente si presumea di avere una promessa di vendita, come l' ho già detto, e non aveva che l' azione per fare adempire questa formalità, ovvero pei danni ed interessi. Ora la trascrizione del contratto di una vendita anteriore alla legge, fatta posteriormente, producea lo stesso effetto della tradizione, quantunque il venditore fosse rimasto in possesso dell' immobile. La decisione à così giudicato per una vendita del 19 febbrajo 1788, trascritta il 30 luglio 1791. Essa à pur giudicato che la prescrizione, la quale poteva invocare il venditore, a motivo del suo possesso e del silenzio dell' acquirente, cominciava a contarsi dal dì della trascrizione, e non dal dì in cui era cominciato il possesso. La ragione si è che dal dì della trascrizione, che teneva luogo di tradizione, l' acquirente veniva considerato come real possessore del fondo. La decisione è resa nel senso che non devesi aver riguardo alla prescrizione dell'azion personale corsa contra l' acquirente, perchè dal momento della

trascrizione non poteva più quistionarsi di quest' azion *personale*, cui erasi sostituita l' azion *reale*. Dal che risultò che l' acquirente poteva reclamar da questo giorno il rilascio del fondo con un' azione *reale* che giusta l' art. 1 cap. 107, degli antichi diplomi di Hainault non si prescrivea che col corso di 21 anni; questo intervallo di tempo non era ancora trascorso dalla data della trascrizione a quella della rivindica dell' immobile.

(Delle opposizioni alle lettere di ratifica dopo la promulgazione della legge di *brumaire* (novembre)

134. Quando erasi formata opposizione alle lettere di ratifica prescritte dall' editto del 1771, e quando si fossero ottenute le lettere di ratifica, dal momento della promulgazione della legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799), il creditore opponente doveva prendere iscrizione per conservar la sua ipoteca essendo l'iscrizione il solo mezzo per ottenere siffatta conservazione; e s' era presa nel termine prescritto per gli antichi crediti, giusta l' art. 37 della legge di *brumaire*, l' iscrizione conservava l' ipoteca col grado che prima aveva. Essa prendeva il grado dal dì della sua data, nel solo caso che l' iscrizione non fosse stata presa nel termine prescritto.

Vi è dippiù: allorchè l' acquirente che aveva ottenute le lettere di ratifica, rivendeva il fondo, ed allorchè il secondo acquirente aveva anche ottenute le lettere di ratifica pel suo acquisto, quali lettere erano incaricate delle antiche opposizioni, i creditori del primo venditore dovevano prendere iscrizione contra il nuovo acquirente; e l' iscrizione a danno di questo nuovo acquirente dovea esser presa nel termine voluto dallo stesso art. 37 della legge di *brumaire* (novembre). Senza questa nuova

iscrizione a danno dell' acquirente, i creditori personali di questo, sebbene iscritti dopo dei creditori del venditore, pure gli erano preferiti. Tutto ciò non era esente da gravi difficoltà; vi è la prova degl' inconvenienti che derivano dal passaggio da una legislazione antica, ad una nuova legislazione. Queste difficoltà potevano essere risolute in modo da facilitare la conservazione delle antiche ipoteche, di cui ò fatta parola, e ciò sarebbe stato desiderabile. Ma nella legge di *brumaire* non s'inserirono disposizioni molto estese per produrre questo effetto. Forse se n'ebbe la intenzione nell' art. 49; ma questo art. fu soggetto ad una folla d' interpetrazioni, e fu in conseguenza di queste interpetrazioni che si formò una giurisprudenza, da cui risultò quanto finora è detto.

La quistione fu così giudicata da una decisione della Corte di cassazione del 13 *thermidor* anno 12 (3 agosto 1804) rapportato col discorso di Merlin, nel *Répertoire de jurisp.* alla parola *Hypothèque*, *sect. 2*, *§. 2*, *art. 14 n. 1.*, e da un'altra decisione della stessa Corte, del 13 decembre 1808: *Sirey anno 1809 1. part. pag. 69.* Son pochi anni che mi si è presentata l'occasione relativamente ad un affare di questa natura, le cui procedure eran sospese o abbandonate, di osservare che una iscrizione fu utilmente presa nella circostanza di cui si tratta. Lo stesso caso può ben presentarsi di nuovo, ed è questo uno de' motivi che mi àn determinato a far conoscere la controversia.

(Destino delle iscrizioni prese contra gli emigrati. Disposizione della legge del 16 *ventose* anno 9 (7 marzo 1801.)

135. Quando si formarono le liste degli emigrati, la nazione essendosi impadronita dei loro beni, li

vende liberi ed esenti da qualsivoglia ipoteca, e s'incaricò di soddisfare i loro creditori, secondo i modi di liquidazione stabiliti. Dal modo com' eran concepite le leggi su questo assunto, i creditori avevan giusto motivo di tener come inutile ogni opposizione ch'essi far potevano alle lettere di ratifica, giusta l'editto del 1771; ed ogni iscrizione che potevan prendere in forza della legge degli 11 brumaire anno 7 (1.° novembre). In fatti le leggi riguardanti l'emigrazione obbligavano i creditori degli emigrati a fare il deposito dei loro titoli presso i segretariati delle amministrazioni, per attenderne la liquidazione. A questo riguardo può riscontrarsi specialmente la legge del 25 luglio 1793, sez. 5, art. 16. Ma quei tempi disastrosi cominciando a dileguarsi, ed il rigore di queste leggi essendosi raddolcito, si concepì la speranza di ottener delle radiazioni dalla lista degli emigrati: alcune se ne ottennero, e tutto indicava che queste sarebbero state seguite da molte altre. Gli emigrati essendo stati reintegrati nel possesso dei loro beni, almeno dei non venduti, da ciò seguiva ch' essi dovevano essere incaricati del pagamento di quei crediti la soddisfazione, e liquidazion de'quali non erasi operata. Ecco quel che precisamente derivava dalla dichiarazione del governo del 13 *floreal* anno 11 (4 maggio 1803). Convenne quindi provvedere alle misure che dovevan prendere i creditori; si dovette regolare la sorte loro a seconda ch' essi prendevano queste misure, se non fossero state prese, o se si fossero trascurate. Ecco l'oggetto della legge del 16 *ventose* anno 9 (7 marzo 1801), ch' ebbe importanti conseguenze sull' assunto, e la esecuzion della quale à rimaste delle tracce che si veggono ancora.

È inutile il qui riferire tutte le disposizioni di questa legge. Io ne farò conoscere le più essenziali,

e le più capaci a farne conoscere lo spirito. Nell' art. 1.° si dice che i termini accordati dagli articoli 37 e 47 del tit. 3 della legge degli 11 *brumaire* e dalle leggi del 16 *pluviose* e 17 *germinal* (6 gennajo, e 7 aprile) dello stesso anno, per la iscrizione dei dritti d' ipoteca o di privilegio, son prorogate in favor dei creditori ipotecarj di persone iscritte sulle liste degli emigrati, o i beni dei quali eransi sequestrati. L' art. 2.° dice che le iscrizioni potranno esser fatte da questi creditori, nei tre mesi, a contar dal giorno in cui la radiazione del tacciato di emigrazione sarà stata legalmente giustificata. Secondo l' art. 3 la radiazione risultava dalla dichiarazione dei prefetti di essersi tolto il sequestro. Nell' art. 6 si dice che qualunque possessore di crediti specificati nell' art. 1.° che si sarà fatto iscrivere nel termine fissato dagli articoli 2 e 5, conserverà i suoi dritti colla data dei suoi titoli. Giova osservare, seguendo lo spirito di queste disposizioni, che i creditori degli emigrati si riguardarono come se avessero un dritto preesistente a questa legge. Ne risultava che tale dritto poteva anche autorizzarli ad iscriversi; ma che il dritto il quale poteva risultare dalle iscrizioni ipotecarie, doveva rimaner sospeso fino alla radiazione delle iscrizioni sulla lista degli emigrati. I progressi fatti dalla giurisprudenza per questa parte, fecero erigere in principio che la legge del 25 luglio 1793, sez. 5, art. 16, la quale ordinava il deposito dei titoli di credito per ottener la liquidazione, aveva *dispensati* solamente i creditori degli emigrati di far opposizione per la conservazione dei loro dritti, e non aveva loro *vietato* di prenderne. Si credè che questo stato di cose fosse rimasto lo stesso, sotto l' impero delle nuove leggi ipotecarie, fino alla legge del 16 *ventoso* anno 9 (7 marzo 1800), che imponeva loro l' obbligazione d' iscriversi nel termine

ivi enunziato. Tal' è lo spirito che si presume aver dettata questa legge, giusta i motivi d'una decisione della Corte di cassazione, del 3 ottobre 1814, di cui fra poco avrò occasione di ragionare.

L'esecuzione di questa legge diede luogo ad alcune difficoltà. Da prima si elevò quistione per sapersi se l'iscrizione presa in vigor di questa medesima legge, nei tre mesi dopo la radiazione legalmente dimostrata aveva dato all'ipoteca la data del contratto, sebbene l'obbligazione fosse posteriore alla iscrizione del debitore sulla lista degli emigrati. La Corte di cassazione fu per l'affermativa, con una sua decisione del 28 giugno 1808. Il motivo della decisione fu che la morte civile, pronunziata contra gli emigrati dalla legge del 28 marzo 1793, non interdiceva loro che gli atti derivanti dal dritto civile e non quelli derivanti dal dritto naturale e delle genti, *come sono gli acquisti e le obbligazioni.* Questa decisione è conseguenza di un' altra decisione della stessa Corte, del 28 *frimaire* anno 13 (19 dicembre 1805), la quale, cogli stessi principj di dritto pubblico, aveva giudicato esser valida una vendita fatta da un emigrato, prima della sua radiazione deffinitiva, e non potervi essere nullità relativamente all' interesse della Francia. *Denevers* anno 13 pag. 178, ed anno 1808, pag. 368; Sirey anno 1809, prima parte, pag. 84, e tavole delle materie pag. 57, n.° 480.

Si è disputato per sapersi se un creditore poteva validamente prendere iscrizione contra un emigrato prima della radiazione deffinitiva, ma dopo della provvisoria. La Corte di cassazione è stata per la opinione affermativa, con decisione del 2 agosto 1814. La ragione di essa si è, che niuna legge vietava ai creditori degli emigrati provvisoriamente radiati, di prendere iscrizione su i beni di questi emigrati, *quantunque i beni fossero sotto seque-*

stro per parte della Francia; e che l'effetto della iscrizione era subordinato al caso della restituzione dei beni, ma che, avvenendo il caso, *l'iscrizione era valida*.

La stessa Corte, con decisione del 3 ottobre seguente, è andato anche più oltre. Essa decise che il creditore di un emigrato poteva prendere iscrizione contra il suo debitore, prima di qualsivoglia *amnistia* o radiazione, e prima di darsi il possesso dei beni sequestrati a tempo della iscrizione. Si è giudicato che le iscrizioni prese contra gli emigrati prima della legge di *ventose* (marzo), non eran nulle, ma incapaci soltanto di produrre il loro effetto, finchè durasse lo stato delle cose in forza del quale, la proprietà dell' emigrato, debitore dell' iscrivente, continuasse a rimaner sequestrata; e ch'era indifferente che la iscrizione fosse stata presa prima dalla legge del 16 *ventose* anno 9 (7 marzo 1800), o prima di spirare i tre mesi di grazia accordati da questa legge ai creditori degli emigrati, *Denevers, anno* 1814, *pag.* 476 *e* 607.

(L'iscrizione presa contra un emigrato per la legge degli 11 *brumaire* anno 7 (7 novembre 1799) doveva rinnovarsi per la legge del 16 *ventose* anno 9 (7 marzo 1801) ?

136. Poichè, secondo i principj da me esposti, la legge del 16 *ventose* anno 9, non istabiliva un nuovo dritto sulla facoltà di prendere iscrizione ipotecaria per parte dei creditori degli emigrati; poichè questo dritto doveva considerarsi come preesistente, e poichè non trattavasi se non di determinare un nuovo termine in cui i creditori non iscritti erano obbligati ad adempiere a siffatta formalità; così doveva naturalmente riguardarsi come sufficiente una iscrizione già presa in forza della legge degli 11 *brumaire* anno 7 (1.° novembre 1799). Questa legge non era stata resa coll' idea

di una rinnovazione d'iscrizione, ma con quella della necessità d'iscriversi, durante la proroga del termine accordato, per le antiche ipoteche, dall'art. 37 della stessa legge. Ecco quello ch'è stato benanche giudicato da una decisione della Corte reale di Montpellier, del 29 marzo 1813. *Denevers lo stesso anno*, *pag.* 85, *supp.* Al tempo di questa decisione, opponevasi al creditore che aveva presa iscrizione, una ministeriale del ministro di giustizia, e di quello delle finanze del 16 novembre 1810. Questa ministeriale prescrivea la nullità delle iscrizioni prese durante la emigrazione del debitore, che in seguito era stato radiato dalla lista degli emigrati. Essa trovasi nel *Journal de l'enregistrement* anno 1811, n.° 469, art. 4051, pag. 235, e 236. Ma la Corte reale di Montpellier opinò, ragionevolmente, che le ministeriali non potevano imporne ai tribunali, relativamente alle azioni fra particolari; e che, d'altronde, questa ministeriale fosse stata fatta per l'interesse della Francia, di cui allora non trattavasi. Laonde quest' ultima idea fu manifestata nella decisione della Corte di cassazione, del 28 *frimaire* anno 13 (19 dicembre 1805) ch'io ho già citata.

Da ciò si scorge chiaramente, che le iscrizioni prese prima, o dopo della legge del 16 *ventoso* anno 9 (7 marzo 1801), quand' anche fossero state prese in forza di quest' ultima legge, dovevan preferirsi alle ipoteche legali delle donne maritate, che non avesser presa iscrizione, come ve le obbligava la legge degli 11 *brumaire* (1.° novembre). Questo pure si deduce dalla decisione della Corte reale di Montpellier.

Nel §. II della sezione III, n.° 168 si vedranno i principj ammessi intorno alla solidalità dell'ipoteca, che potevan essere reclamati da' creditori degli emigrati.

(Gli emigrati, solo provvisoriamente radiati, potevan prendere iscrizione su i loro debitori.)

137. Stabilito per la giurisprudenza figlia delle decisioni da me riferite, che potevansi prendere iscrizioni, contra gli emigrati, eccetto soltanto la sospenzione dell' effetto di queste iscrizioni, fino alla restituzione dei beni che loro doveva farsi, doveva ricavarsene la conseguenza ch' essi medesimi, quando erano stati provvisoriamente radiati, o *amnistiati*, sebben non avessero ancora ottenuto il certificato della loro *amnistìa*, avevano il dritto di prendere a danno dei loro debitori le iscrizioni, giacchè queste non erano che atti meramente conservatorj. Così in fatti è stato giudicato da una decisione della Corte di cassazione, del 5 settembre 1810. *Denevers* anno 1810, pag. 512. Io rimando i lettori ai motivi della decisione che per questa parte sono interessantissimi.

(La legge del 16 *ventose* anno 9 (7 marzo 1801) è affatto estranea alle ipoteche su i beni dei condannati).

138. Da prima i beni dei condannati dai tribunali rivoluzionarj eran confiscati a profitto dello Stato. Ma la legge del 21 *prairial* anno 3 (11 giugno 1795) ordina che questi beni si fossero restituiti alle loro famiglie. Quindi fin da quel momento, la proprietà di siffatti beni appartenente alle famiglie, e le iscrizioni ipotecarie, divennero, per conseguenza, il solo mezzo di conservare le ipoteche su questi beni. Non vi era dunque altra regola da tenersi per le antiche ipoteche, tranne quella del termine accordato in generale dagli art. 37 e 39, della legge degli 11 *brumaire* anno 7 (1.° novembre 1799.)

Nondimeno, alcuni creditori di antichi appalta-

tori generali, o amministratori contabili condannati, i quali trascurarono di iscriversi su i beni di questi ultimi, pretesero, malgrado che non si trattasse che di crediti particolari ed ordinarj, ch' essi n'erano stati dispensati fino alla legge del 16 *ventose* anno 9 (7 marzo 1801), e che bastava l'aver essi presa iscrizione nel termine accordato da questa legge. Essi paragonavano la circostanza dei creditori dei condannati alla circostanza dei creditori degli emigrati. Sostenevan la loro pretenzione coll' art. 7 della legge del 21 *prairial* annò 3 (11 giugno 1795). Questo articolo ordinava che ad onta di ciò, il sequestro rimarrebbe fermo su i beni dei pocanzi nomati appaltatori generali, ed amministratori contabili. Ma una tale pretenzione fu rigettata da una decisione del 26 aprile 1813, della Corte di Cassazione. Il motivo si fu che la legge del 16 *ventose* anno 9, non fa motto alcuno, in tutto il suo contesto, nè dei condannati, nè dei loro beni; che se, per effetto dell' art. 7 della legge del 21 *prairial* anno 3, fosse rimasto fermo il sequestro su i beni degli appaltatori generali, un simile sequestro non era altro, come lo indicano l' espressioni medesime dell' articolo, che un sequestro meramente amministrativo e provvisorio; che questo sequestro riguardando solo l' interesse del tesoro, non era di ostacolo all' esercizio dei dritti dei particolari creditori. Del resto, ogni sequestro su i beni degli innanzi detti appaltatori generali era stato deffinitivamente tolto da una determinazione dei consoli del 25 *brumaire* anno 9 (15 novembre 1801). *Denevers* anno 1815, pag. 494 (1).

---

(1) Se si vogliono conoscere altre decisioni rese, di questa stessa natura, si consulti il *Rep. de jurispr.* del Sig.

(Del destino delle iscrizioni conservatorie prese per garantia delle vendite anteriori alla legge di *brumaire*) (novembre).

139. A questo proposito è nata una delle più importanti quistioni. Si tratta di conoscere se un compratore d'immobili, la cui vendita è anteriore alla legge degli 11 *brumaire*. anno 7 (1.° novembre 1799) possa, per sua sicurezza, nel caso di azioni creditorie, o in caso di evizione, se in seguito si venisse a conoscere il venditore non essere il proprietario de' fondi venduti, prendere iscrizione su tutti gli altri beni di questo, in forza dell' ipoteca generale, che, a norma delle leggi in vigore al tempo della vendita, aveva luogo di pieno dritto. La quistione sarebbe la stessa se l'ipoteca generale fosse stata stipulata. Questa stipulazione, ch'era ordinaria, e quasi di stile, nulla aggiungeva all' ipoteca di dritto (1). Simili iscrizioni si debbono autorizzar facilmente, e senza conoscenza di causa? Se ciò fosse colui che avesse fatto acquisto di fondi per la somma di 20 mila franchi, potrebbe a suo talento, e senza un reale interesse impedire al venditore o ai di lui eredi cui forse rimmarrebbero 200 mila franchi in beni fondi, provenienti dal venditore, di poter vendere questi fondi, o almeno le vendite che essi volessero fare, sarebbero considerevolmente allacciate da queste iscrizioni, il che loro cagionerebbe un grave pregiudizio. Veg-

---

Merlin alla parola *Hypoth. sect.* 2, §. 2, e le sue *Questions de droit*, alle quali egli rinvia al bisogno. Ma ve ne sono molte che ora non hanno verun interesse. Io ho già detto che mi limitava a ciò che mi sembra di maggiore utilità.

(1) Io aveva già trattato la quistione nel mio commentario all'editto del 1771, art. 15, pag. 250, 2ª edizione. Ora la tratto con nuove riflessioni.

gonsi in fatti molte famiglie gemere sotto il peso di questa facoltà d' iscriversi, anche quando essa sia senza oggetto. Un uso tanto pernicioso merita certamente che si esamini, e deesi cercare un rimedio a così gran male; mentre sarebbe contra lo spirito del sistema ipotecario, che una tale facoltà d' iscriversi possa esistere indistintamente.

È vero, che, stando ai principj ipotecarj, quando trattasi d' iscrizioni per crediti condizionali od eventuali, l' acquirente o suoi eredi che prendessero un' iscrizione conservatoria per la garantia di questi crediti, non potrebbero concorrere essi stessi sul prezzo delle vendite, quando si aprisse il giudizio di graduazione. I creditori posteriori in ipoteca, potrebbero aver l' ammontare de' loro crediti capienti, dando cauzione, o prendendo altre misure per assicurare la restituzione del prezzo per distribuirsi all' acquirente, o se vi fosse luogo, agli eredi di lui. Ma è facil cosa il conoscere che questa misura presenta il più grave ed il più nocivo inconveniente pel venditore, o suoi aventi dritto, e che sarebbe anche penossissima pe' creditori.

Lo stabilimento della nuova legislazione non deve alterare le ragioni delle parti, che avevan prima contrattato; niuna di esse dee soffrirne. Vuol la giustizia che si consultino i vicendevoli loro interessi, e si conciliino. Le sicurezze debbono essere accordate nel modo come esisterebbero se il contratto fosse stato stipulato sotto l' impero di una legislazione succeduta ad una precedente. Quando una vendita si fa sotto l' attuale legislazione ipotecaria, che ha stabilito un modo particolare di purgare le ipeteche, l' acquirente ha tutte le sue sicurezze nelle formole stabilite per operar questa purgazione, e non dipende che da lui di praticarle. S' egli acquista una proprietà che si conosce essere del venditore, facendo trascrivere, e pren-

dendo le misure necessarie per le iscrizioni, se ve ne sono, o per gl'incanti se sopravvengono, può ottenere la purgazione delle ipoteche, e purgar benanche tutte le ipoteche legali conosciute, o non conosciute, praticando le forme per questi casi prescritti dal Codice civile, e dai regolamenti che lo han seguito. Ma egli stesso non potrebbe iscriversi per la sicurezza della sua vendita in caso di azione o di evizione: per siffatta sicurezza egli potrebbe iscriversi su i fondi diversi dai venduti, ch' egli avesse fatti obbligare specialmente per sua garantia; e simile garantia, con ipoteca speciale, ordinariamente non suole stipularsi se non quando egli ha conosciuto il pericolo. Ora, ecco la circostanza nella quale dev' esser messo colui che ha venduto prima dell' editto del 1771 ch' è la prima legge, la quale abbia stabilito un modo particolare, prima sconosciuto, di poter liberare i fondi dalle ipoteche.

Ben si ravvisa quanto soffrirebbero e colui che à venduto prima del 1771, e i suoi eredi, di esser sottoposti, in forza dell' ipoteca generale che prima aveva luogo di dritto, per ogni sorta di obbligazione, ed in conseguenza per sicurezza della vendita, ai medesimi svantaggi che soffrirebbero, se sotto l' impero del Codice civile, vendessero con garantia in caso di azione od evizione, e per questo si fossero specialmente ipotecati beni diversi dai venduti. Prima dell' editto del 1771, l' ipoteca generale su i beni presenti e futuri, che la legge voleva per ogni specie di obbligazione, non era utile all' acquirente che nel caso in cui sopravvenisse un pericolo di qualche azione creditoria, o per qualche evizione; e l' acquirente se ne serviva in questo caso soltanto. Era solo allora, e sopra tutto se era convenuto giudiziariamente, ch' egli si rivolgeva contra il suo venditore, e citava gli acquirenti

posteriori. Ma quando il primo acquirente non poteva ragionevolmente concepire alcun timore sulle conseguenze del suo acquisto, egli serbava il silenzio; ed il venditore non era soggetto ad alcuna azione di garantìa. L'editto dei bandi del 1551, coll' art 16, aveva previste le difficoltà che sperimenterebbero le aggiudicazioni in via di spropriazioni reali, per effetto delle opposizioni (cui si sono sostituite le iscrizioni) che avrebbero potuto formarsi per garentie eventuali. Questa legge distingueva il caso in cui il giudizio, a motivo della garantìa, era già intentato, da quello in cui non vi era ancora l'istanza per la lite. Nel primo caso, esso ordinava che la lite fosse giudicata preliminarmente dal tribunale medesimo innanzi al quale avevan luogo le procedure, ed innanzi a cui si avocava il giudizio relativo alla reclamata garentìa. Nel secondo caso essa voleva che si fosse proceduto all' aggiudicazione coll' obbligo dei creditori opponenti, e posteriori, di dar buona e sufficiente cauzione di restituire le somme ricevute, a colui che avesse fatta opposizione, a motivo della garentìa, e si trovasse creditore ipotecario anteriore. Ma questa legge non era in uso a questo riguardo, tranne quando si potesse presumere esservi altre azioni capaci di render necessaria quella della chiamata in garantìa, e vi fosse un apparente timore di evizione. Se fosse stato diversamente, colui che avesse venduta una parte qualunque de' suoi beni, si sarebbe trovato inceppato nella disposizione dell' altra rimanente parte, in un tempo in cui le aggiudicazioni volontarie eran divenute comuni. Si sa che il loro oggetto fu quello di liberare i fondi dalle ipoteche sconosciute, presso a poco come era l' oggetto dell' editto del 1771, che fu sostituito a queste aggiudicazioni volontarie, ch'esso abrogò.

Ciò posto, se un compratore anteriore all' edit-

to del 1771, ed anche alla legge di *brumaire* (novembre), o se gli credi di questi compratori, s' iscrivevano contra una vendita fatta sotto l' impero del Codice civile, per garantìa della vendita antica; se fosse stato conosciuto che l' antico venditore era realmente proprietario del fondo alienato; se si reclamava una garantìa col mezzo della iscrizione, sull' unico fondamento dell' ipoteca generale che aveva luogo al tempo della vendita; se niuna circostanza indicava il menomo dubbio per azioni di credito, o per evizione della proprietà, in questo caso, il rappresentante dell' antico venditore che avesse fatta la nuova vendita, sarebbe in dritto di respingere l' effetto di questa iscrizione, e chiederne la cancellazione. Sarebbe per lui la stessa cosa, se la vendita, all' occasion della quale sarebbe presa la iscrizione, fosse stata fatta vigente lo stesso Codice civile. Egli ragionevolmente direbbe, che nulla dee soffrire dal cangiamento della legislazione e della giurisprudenza; che non potrebbesi, senza ingiustizia, metterlo a livello di colui che vendesse, sotto l'impero del Codice civile, con una particolar garantìa, per la quale beni diversi da quelli venduti sarebbero specialmente ipotecati; che il primo venditore à venduto colle stesse idee colle quali si fanno le traslazioni di proprietà, per vendita, sotto l' impero del Codice civile, e che i principj regolatori delle vendite debbono essere i medesimi.

Quindi, se sulle antiche vendite vi fossero state lettere di ratifica, ottenute sotto l' impero dell'editto del 1771, che fossero state suggellate senza opposizione, o se quest' antica vendita fosse stata trascritta, vigente la legge di *brumaire*, ovvero il Codice civile, senza che fosse sopravvenuta alcuna iscrizione, quella presa per la sicurezza di quest' antica vendita rimarrebbe senz' oggetto, e la domanda di cancellazione sarebbe ben fondata. Se nulla

fosse stato fatto di tutto questo, coloro su i quali graviterebbe l'iscrizione per causa della garantìa, potrebbero chiedere che colui il quale avesse comprato dal loro autore, o suoi eredi, trascrivessero, o radiassero la iscrizione presa per la garentìa, se la trascrizione dell' antica vendita non fosse stata colpita da veruna iscrizione a danno del venditore.

È vero che il compratore, o suoi eredi, potrebbero dire che non basta per essere indennizzati di aver liberati dall' ipoteche i fondi acquistati; che possono essere evitti della proprietà, e che questa proprietà non può venir purgata dalla trascrizione, e da ciò che può seguirne; talchè il rischio della evizione riman sempre. Essi potrebbero ancora soggiungere, abbandonandosi a tutt' i calcoli figli d' una immaginazion riscaldata, che alcune cause di evizione potrebbero rimanere sconosciute pel corso di trent'anni ed anche di cento, a motivo delle lunghe minori-età che potrebbero l' un l' altra succedersi nella famiglia la quale avrebbe dritto alla proprietà. Con questi argomenti, quantunque niente giustificati, eglino avrebbero il dritto di coprire d' iscrizioni conservatorie, per la loro garantìa, tutt' i beni provenienti dal venditore originario, e di concorrere anche in ogni graduazione che successivamente si facesse, abusando del principio della indivisibilità dell' ipoteca.

Ma io non credo che una simile pretenzione possa meritare accoglienza. Un' azione così terribile ed importante per le sue conseguenze, non può ammettersi se non è basata su di un interesse reale. È dunque indispensabile che l' antico acquirente e i suoi eredi, dimostrino il rischio ch' essi potrebbero correre, per causa della proprietà. Se non giungono a far ciò, la cancellazione delle loro iscrizioni dev' essere ordinata. Questa opinione è fondata sullo spirito del sistema ipotecario, ch' è stato

quello di favorire la libera circolazione delle proprietà; anzicchè mettervi degli ostacoli. Essa può pure essere stabilita, almen per analogia, sul disposto dall' art. 1653 ✻ 1499 del Codice civile, nel quale si dice: « Se il compratore è molestato, o à giusto motivo da temere di essere molestato per un' azione ipotecaria, o di revindicazione, può sospendere il pagamento del prezzo fino a che il venditore abbia fatto cessar le molestie: purchè costui non prescelga di dar cauzione ec.» Ora, può istituirsi un paragone esatto fra un compratore che trovasi in questa circostanza, ed un altro compratore la cui compra è anteriore all'editto del 1771, o alla legge di *brumaire* (novembre); ciascun di essi, per la parte che lo riguarda, agisce per non rimaner senza mezzi o *risorse*, ove sopraggiungessero delle azioni ipotecarie, o di revindicazione. Se dunque quello che volesse ritenere il prezzo della sua compra, non potesse farlo se non nel caso di molestia, o essendovi *giusto motivo di temerla*; non deve dirsi del pari ch' un antico compratore, o i suoi eredi non potrebbero gravare d' iscrizioni conservatorie i beni provenienti dal venditore, se non quando venissero molestati, o avessero giusto motivo di temere di esserlo. Lo spirito che à dettato l' art. 1653 ✻ 1499 del Codice civile, riflette pure sulla decisione della controversia. Semplici allegazioni non bastano; vi vogliano prove, o almeno indizj fortissimi e capaci di far nascere un giusto timore; ed anche in questo ultimo caso, il giudice dee facilitare al venditore originario o ai suoi eredi, i mezzi di togliere gli ostacoli.

Non devo però dissimulare che Renusson nel suo *Traité de la subrogation chap. 5*, *pag. 97 n. 54* dice che l' azione di garantìa di un compratore anteriore, era *aperta* dacchè il venditore alienava gl' immobili. Secondo questo autore, l' antico ac-

quirente poteva far citare il posteriore, per sentir dichiarare che i fondi acquistati erano affetti dalla garantìa di questo primo acquirente. Ma quel che questo autore diceva, ordinariamente non solea praticarsi. Questa citazione per dichiarazion d'ipoteca, era anche inutile, poichè la prescrizione della dimanda in garentìa non cominciava a correre se non dal dì della molestia reale, ed anche dalla evizione consumata. D'altronde, questo caso non può paragonarsi a quello in cui delle iscrizioni si prendessero, per la garantìa di un' antica vendita, nell' attuale legislazione che tanti cangiamenti à prodotti in questa parte. Quest'antica dichiarazione d'ipoteca, che non poteva altrimenti considerarsi che come una formalità, non avrebbe allontanato un compratore, anche quando avesse potuto prevederla, s'egli non avesse concepiti giusti timori di esser citato per azioni ipotecarie, laddove le iscrizioni prese per la garantìa di un' antica vendita mettono la confusione ed il disordine negli affari del venditore o dei suoi eredi.

Finalmente la controversia di cui si tratta si è presentata, sotto l'impero dell' editto del 1771, ed è stata giudicata dai parlamenti secondo l'avviso da me esposto. Giova il far conoscere una decisione del parlamento di Parigi del 3 maggio 1785, sebbene ne abbia io fatta conoscere la specie nel mio commentario sull'editto del 1771, poichè quest'opera adesso non trovasi presso di molti giureconsulti. Questa decisione fu resa dopo ampia istruzione tra persone della provincia di Auvergne. Io la lessi allora che dovei esaminar la procedura colla quale la decisione fu emessa. Il sig. di Macon aveva comprata una decima dalla signora de Gironde. Il suo contratto conteneva un divieto di depositarlo all' ufficio dell'ipoteche. In seguito, la signora di Gironde, o i suoi eredi, venderono la terra de

Buron al sig. di Verdonnet. Questo depositò il suo contratto; ottenne delle lettere di ratifica, e fra le altre opposizioni ve ne fu una del sig. di Macon per la sua garantia. Il sig. di Macon fu intimato per la cancellazione dagli eredi della signora di Gironde. Egli si difese dicendo, che non avendo potuto, dopo il suo contratto, ottener lettere di ratifica, era nel dritto di fare opposizione per la sua garentìa, che d' altronde potendo essere evitto, malgrado le lettere di ratifica ch' egli otterrebbe, la sua opposizione, in tutt' i casi, era ben fondata. Gli eredi della signora di Gironde acconsentivano che il sig. di Macon, malgrado la clausola del contratto, ottenesse le lettere di ratifica. Per effetto di questo consenso, essi ottennero la radiazione dell' opposizione del sig. di Macon, nel caso in cui non sopravvenissero delle opposizioni alle lettere di ratifica ch' egli sarebbe costretto ad ottenere sul suo contratto di vendita, che gli fu permesso di esporre, in un termine accordatogli a quest' oggetto. La decisione giudicò anche, che in questo caso il compratore opponente era obbligato di prendere queste lettere di ratifica a sue spese, e non a spese del venditore.

Il sig. Corail de Saint-Foi che aveva fatte delle osservazioni, in forma di quistioni, sullo stesso editto del 1771, cita, alla pag. 150, una decisione del parlamento di Toulouse, ov' egli esercitava la professione di avvocato, del 31 agosto 1784, ed un altra del parlamento di Rouen, del 18 marzo 1779, coi quali si era giudicato che un acquirente anteriore non era ammesso a fare opposizione per la sua garantìa. Questo autore dice che, nella specie della decisione del parlamento di Toulouse, il venditore *era un fanciullo*, ed osserva che nell' arringa si citò una decisione del parlamento di Parigi, del 19 luglio 1781 reso nella causa fra il sig. Estele,

ed il sig. Lagorée pel quale era stata confermata una opposizione per una semplice garantia. Ma egli soggiugneva che l' opponente sostenea ch' egli *correva il certo rischio di essere evitto, se il sig. Lagorée fosse morto poich' egli era debitore delle doti di due ricche donne da lui successivamente sposate, e che l' insufficienza dei beni che gli rimanevano per soddisfarle era notoria.* L' eccezione fatta da questa decisione, a motivo di particolari circostanze, conferma il principio generale.

Debbo confessare che sembra come se il contrario fosse stato giudicato da una decisione della Corte di cassazione, del 15 aprile 1806, *sezione dei ricorsi*, riferita da *Denevers lo stesso anno, pag.* 360. Si quistionava se il compratore di un fondo, anche dopo di averlo liberato da qualsivoglia ipoteca, con lettere di rattifica suggellate senza opposizione, poteva iscriversi su i beni obbligati dal venditore alla garantìa tanto delle ipoteche, quanto dell' evizione o di qualunque altra molestia; e l' affermativa fu adottata. Ma nella specie di questa causa vi eran circostanze tali che facevano abbandonare la massima generale, e richiedevano una particolare decisione. In una vendita fatta della terra di Landelle, si diceva, che i venditori, i quali erano due sposi « si obbligavano congiuntamente e solidalmente senza poter invocare il benefizio della divisione, di garantire, dare e far valere libero e franco da qualsivoglia ipoteca, dote, sopravvivenza, donazione, sostituzione, molestia, evizione e da ogni qualunque altro impedimento, ipotecando a quest' oggetto tutt' i loro beni mobili, ed immobili, presenti e futuri. » Si soggiungeva che nel caso in cui i venditori comprassero la terra di Grenteville, « essi farebbero l' impiego dei 107,000 franchi (prezzo della vendita) per *sicurezza ed ispecial privilegio* della garantìa ch' essi promettevano al compratore della

terra di Landelle, e che per effetto di questo impiego, la terra di Grenteville sarà e *rimarrà* ipotecata per la sicurezza e garantìa promessa dai venditori, *con ispecial privilegio.* » La terra di Grenteville fu comprata col patto del reimpiego, e col peso dell' ipoteca per sicurezza e garantìa della prima vendita. Le lettere di rattifica, sulla vendita di questa terra di Grenteville, furono suggellate senza opposizione. Fu su questa stessa terra che cadde l' iscrizione presa dal compratore della terra di Landelle. Clausole così straordinarie facevan travedere gravi timori intorno alla solidità della compra di questa terra. La terra di Grenteville è colpita da un *privilegio speciale* per la garantìa della prima vendita. Simili clausole àn potuto essere considerate sotto un punto di veduta diverso dalla semplice ipoteca generale di dritto, ovvero dalla stipulazione di questa ipoteca che nulla avrebbe aggiunto alla forza della legge che la suppliva. Non è già che dopo tutti i fatti enunziati nella raccolta delle decisioni, non sia permesso di pensare che la iscrizione mancava di fondamento, ma non pare che la discussione abbia avuto lo sviluppo di cui era capace. Non si sono accennati i gravi inconvenienti che deriverebbero dalla facoltà accordata agli antichi compratori d'iscriversi sopra tutt' i beni dei venditori, per una garantìa che divien senza oggetto, poichè non esiste alcun motivo da temere qualche azione creditoria, o di revindicazione. Nella specie di questa decisione, si è vista una sola quistione particolare, estranea all'interesse generale delle famiglie, talchè io credo poter dire sotto tutt'i rapporti, che questa decisione, d'altronde isolata, non à giudicato *in terminis* la controversia da me proposta, e che quindi non può formar giurisprudenza.

Non dee sorprendere la lungherìa della mia dissertazione. Mi è sembrata necessaria per due motivi.

La controversia è per se stessa importante: l'esperienza lo insegna. D'altronde, anche dopo le disposizioni di parecchi articoli del Codice civile, seriissime difficoltà presentansi sopra quistioni analoghe alla presente; io le prevedo nel corso dell'opera, e per brevità rinvìo a questa dissertazione.

O' avuta anche occasione da osservare relativamente alle convenzioni fatte nell' attual legislazione, che vi sono certe iscrizioni prese in forza di obbligazioni speciali, e qualche volta anche sulle cauzioni, per ragione di azioni creditorie temute dall' acquirente. I venditori non avevano avuta l' accortezza di stipulare che la radiazione della iscrizione si farebbe quando, le circostanze che l' avevan fatta nascere, cesserebbero. Ora in questi casi, che sono molto frequenti, posson servir di norma i principj da me ora sviluppati.

Il mio lavoro era a questo termine ed il trattato era anche sotto ai torchi, quando conobbi una decisione della Corte reale di Limoges, del 9 maggio 1812, che à giudicata in massima generale la controversia, e coi medesimi principj da me esposti. La redazione di questa decisione, rapportata da *Sirey, vol. del 1812, 2 par. pag. 409*, vale da se sola un trattato sulla controversia. O' creduto doverla far trascrivere appresso alla mia dissertazione. Ciò basta perchè se ne conosca la specie; d' altronde può leggersi nella raccolta di Sirey.

« Considerando che la sorte di una iscrizione per garantìa in caso di evizione, dee decidersi, in ragion dei rischi ai quali l' acquirente può essere esposto, ed in ragion dei pesi o vizj della cosa venduta, de' quali il venditore non à data conoscenza a tempo del contratto di vendita; che quando vi è un certo pericolo di essere evitto, sarebbe iniquo di accordare la rediazione della

iscrizione; ma che sarebbe iniquo del pari, in mancanza di ogni pericolo, di lasciar sussistere una iscrizione ch' allora diviene un atto vessatorio e senza utilità. — Considerando che Giovan Battista Nicot, venditore nel contratto di vendita del 29 gennaro 1791, possedendo il fondo di Gondaud a titolo di erede testamentario di Stefano Nicot, era gravato di sostituzione in forza del testamento del 24 decembre 1780; ma che le sostituzioni essendo state abolite dalla legge del 28 ottobre 1792, e il detto Giovan Batista Nicot essendo sopravvivuto a questa legge, è stato dissobbligato dal restituire il fondo di Gondaud a coloro che, cessando questa legge, eran chiamati a raccoglierlo per effetto della sostituzione, e che quindi è divenuto proprietario incommutabile del fondo di Gondaud; che la legge stessa garantisce il signor Parant, attual proprietario, da tutte l' evizioni fondate sulla sostituzione, come essa ne garantiva Giovan Battista Nicot, suo venditore e precedente proprietario. — Considerando che il signor Parant non oppone e non articola niun altro mezzo apparente di evizione: che non di meno bisognava che articolasse qualche caso positivo di dritti dei terzi, preesistenti alla vendita, che un giorno potessero dar luogo alla evizione: che s' egli non l' articola è questo un segno ch' egli à motivo di credere che non ne può articolare. — Considerando che il 25 *floreal* anno 5, (16 maggio 1797) il signor Parant ottenne sul contratto del 29 gennajo 1791, le lettere di ratifica che furono suggellate senza opposizione; che, dopo il 29 gennajo 1791, fino a questo giorno, il signor Parant à goduto del fondo di Gondaud, pacificamente, e senza molestia per parte di chicchesia; — Considerando che se costa, nella giurisdizione del parlamento di Bordeaux che vi vogliono trenta an-

ni ed un titolo, per poter prescrivere la proprietà, non costa meno che, per rendere completa la prescrizione, si può congiungere il proprio possesso a quello del suo autore, se si è avuta la cosa a titolo di legato, di donazione o compra, purchè l' una e l' altra non sien viziose, ed il possesso non sia stato interrotto, ovvero intermediariamente occupato, vale a dire, tra il possesso di quello che pretende prescrivere, ed il possesso del di lui autore; che siesi posseduto come padrone colle qualità richieste per prescrivere e l' autore sia stato nella stessa circostanza; che il titolo derivi dall' autore medesimo, il possesso del quale vuol congiungersi al suo; che tutte queste circostanze si riuniscono in favore del signor Parant, sul fondo di Gondaud ch' egli gode pacificamente in forza di un titolo; che Giovan Battista Nicot, suo venditore à goduto pacificamente in vigor del testamento del 1777, e per favor di legge; che Stefano Nicot, suo autore, à pure avuto un possesso pacifico; che congiungendo al suo possesso quelli di Stefano e Giovan Battista il signor Parant riunisse sopra di se più di trent' anni di prescrizione, il che lo mette al coverto dai giudizj di evizione per parte di tutti coloro che pretenderebbero aver dritto alla proprietà del fondo Gondaud; — Considerando che l' azione per garantìa dura trent' anni e comincia a decorrere dal dì della domanda per la evizione, e non dal dì del contratto, e che in questo senso sembrerebbe che l' azione per garantìa non è prescritta, ma ch' è superfluo di ragionar della durata dell' azione per garantìa, quando è manifesto che il possesso del signor Parant, quello del suo venditore, e quello dell' autore del venditore gli àn procurata una prescrizione vieppiù che sufficiente, poich' ella è più che trentenaria, il che

lo difende dall' evizione, e non gli permette di ammettere ch' egli possa essere obbligato di esercitare una chiamata in garantia. « -- Considerando che il fondo di Gondaud, stante le lettere di ratifica suggellate senza opposizione, essendo libero da qualsivoglia debito ed ipoteca, e quindi da qualunque dritto reale che i terzi potessero rappresentarvi, non è giusto di lasciar sussistere le incomode iscrizioni a favore degli eredi Nicot, nell' atto stesso che non giovano al signor Parant;— La Corte, riformando, ordina che sian radiate le iscrizioni ec...»

È venuta ancora a mia conoscenza una decisione della Corte di Riom, 2.ª camera, del 25 *prairial* anno 13 (15 giugno 1805), tra il sig. Chaussy ed uno al quale egli aveva un fondo molto tempo prima della legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799), la quale confermando una sentenza del tribunale di Ambert, aveva decisa la quistione in massima generale, e cogli stessi principj. Il motivo della decisione si è, di non esservi alcuna azione ipotecaria, e niun timore apparente di evizione.

Fine del primo Tomo.

TAVOLA
DE' CAPITOLI, E SEZIONI
DEL PRIMO VOLUME.

PRIMA PARTE.

Pag.

Pag.

Fine della Tavola de' Capitoli e delle Sezioni del primo volume.

A. S. E. REVERENDISSIMA.

MONSIGNOR D. CARLO MARIA ROSINI.

PRESIDENTE DELLA PUBBLICA ISTRUZIONE.

Ecc. Rev.

I libraj R. Marotta e Vanspandoch, desiderano di dare alle stampe la traduzione del Trattato delle Ipoteche del Sig. barone Grenier, all' oggetto ne chieggono all' E. V. Rev. il dovuto permesso. Napoli 16 agosto 1823. Raffaello Marotta e Vanspandoch. — Presidenza della Giunta per la Pubblica Istruzione. A dì 19 agosto 1823. Il Segretario Revisore, Sig. D. Biagio Ruberti, avrà la compiacenza di rivedere il soprascritto trattato, e di osservare se vi sia cosa contro la Religione, ed i dritti della Sovranità. Il Dep. per la revisione de' libri. Can.° Francesco Rossi. — Ecc. Rev. Nella traduzione del *Trattato delle Ipoteche del Sig. Grenier* niente ritrovo discordo dai sagri dritti della Religione, e della Sovranità. Stimo perciò, che possa permettersene la stampa.

Napoli 5 settembre 1823.

Biagio Ruberti, Regio Rev.

Napoli 17 settembre 1823.

PRESIDENZA DELLA GIUNTA PER LA PUBBLICA ISTRUZIONE.

Veduta la dimanda de' libraj R. Marotta e Vanspandoch con la quale chieggono di dare alle stampe il *Trattato delle Ipoteche del Sig. Barone Grenier* tradotto in Italiano;

Veduto il favorevole rapporto del Regio Rev. Sig. D. Biagio Ruberti;

Si permette che l'indicata Opera si stampi; però non si pubblichi senza un secondo permesso, che non si darà se prima lo stesso Regio Revisore non avrà attestato di

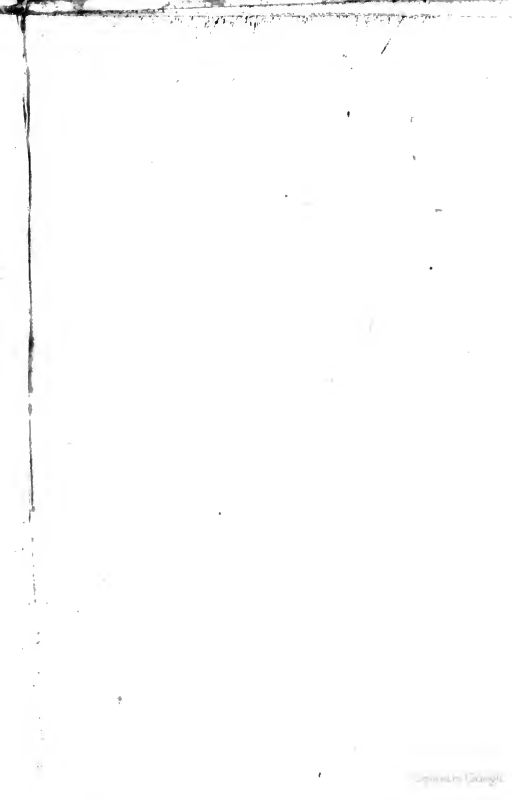
aver riconosciuta nel confronto uniforme la impressione all' Originale approvato.

Il consultore di Stato Presidente.

M. ROSINI.

Il consultore di Stato, Segretario generale e Membro della Giunta.

LORETO APRUZZESE.



mancante da pag. 83 a 90 = verificato
a 20 settembre 1856 = Ant.o Chiappo